BIBLIOTECA DE DERECHO Y DE CIENCIAS SOCIALES

LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

DOCUMENTOS PARA SU ESTUDIO

POR

SAVIGNY, EICHORN, GIERKE, STAMMLER

TRADUCCIONES DEL ALEMÁN

POR

R. ATARD
Doctor en Derecho y Auxiliar de la Dirección general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado.



MADRID
LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUÁREZ
48, Preciados, 48
1908



Madrid: 1908.—Est. tip. de la Viuda é hijos de M. Tello,
Carrera de San Francisco, 4.

Los artículos que en primer término ofrecemos al público forman parte de la *Revista de la Escuela histórica* que fundaron en 1815 Savigny, Eichorn y Göschen, y en la cual aparecieron, juntos con los de los fundadores, interesantes trabajos de Hugo, Dirksen, Grimm, Hasse y otros muchos. Tienen los tres artículos elegidos una mayor importancia, aparte de otras consideraciones, por el carácter de generalidad de su contenido. El primero de ellos es un nuevo manifiesto de la Escuela histórica del Derecho.—En el segundo combate Savigny, no manifestaciones patrióticas á favor de los Códigos, como las hechas por Thibaut, ni una crítica propiamente científica, sino las objeciones que su folleto sobre legislación y jurisprudencia (1) sugirió á una crítica parcial y apasionada que representó Gönner principalmente.—El tercer artículo es el programa de los germanistas de la primera época hecho por el más autorizado de sus jefes.

*
* *

Otto Gierke, uno de los civilistas más ilustres de la Alemania contemporánea, pertenece á la segunda

(1) *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho).

rama del historicismo. Pero discípulo fiel de Beseler y, por tanto, de los menos alejados de las tradiciones de la Escuela histórica, no puede en este sentido figurar al lado de Ihering y Merkel.—El discurso (1) sobre la *Escuela histórica del Derecho y los germanistas*, tan interesante por su texto como por sus notas, tiene un valor especial unido á los tres artículos que le preceden en esta traducción: por una parte, les sirve de complemento, y por otra, muestra cómo en Alemania, donde la Escuela histórica ha dado y sigue dando tan ricos frutos, Savigny y Eichorn preocupan todavía á los más ilustres entre los estudiosos del Derecho.

*
* *

Rodolfo Stammler, el distinguido profesor de Halle, es tal vez hoy el principal representante de la tendencia filosófica en la jurisprudencia alemana. Porque Stammler, hasta donde llegan mis elementos de juicio, es precisamente y sobre todo un *jurista filosófico*. Su profundo estudio *Sobre el método de la teoría histórica del Derecho* (2)—que puede considerarse á la vez como antecedente de la *Teoría del derecho justo (Die Lehre vom richtigen Recht)* y como resultado particular del orden de investigaciones que tiene en

(1) *Die historische Rechtsschule und die Germanisten:* Berlín, 1903.

(2) *Uber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie:* Halle a. S., 1888.

esa obra su expresión más cumplida—apareció en 1888 unido al de Teodoro Kipp sobre puntos concretos del procedimiento civil romano: uno y otro estaban destinados á servir de homenaje en el quincuagésimo jubileo doctoral del gran Bernardo Windscheid.

Debiera, pues, ese estudio, si atendiéramos solamente al orden del tiempo, figurar en nuestra traducción antes del trabajo de Gierke: éste es de 1903, época en la cual ya había publicado Stammber su *Teoría del derecho justo*, posterior con mucho al trabajo que hoy publicamos. Pero lo hemos colocado en último término desde el punto de vista de ser un trabajo de crítica que en más ó en menos puede aplicarse á los cuatro que le preceden y de ofrecer, por tanto, un digno remate á esta publicación.

*
* *

Pero no es su importancia únicamente lo que nos ha movido á traducir y publicar estos documentos. Es que no habiéndose hecho todavía, según nuestras noticias, traducción alguna de los mismos, hemos creído prestar con la presente un servicio á aquella parte del público que se interesa por estas cuestiones y no conoce el alemán.

En la traducción he atendido en primer término á conservar en su pureza el sentido científico, inmediatamente á la posible equivalencia en el modo de decir, y dentro de lo uno y de lo otro á la correspon-

dencia de los vocablos. Sentiría ciertamente que no pudiera cuando menos adivinarse á través de la traducción el estilo elevado ó la fina ironía de los autores; pero sentiría mucho más que no pareciese claro su profundo pensamiento.

RAFAEL ATARD.

TRES ARTÍCULOS

DE LA REVISTA

DE LA

ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO



I

SOBRE EL FIN

DE LA

REVISTA DE LA ESCUELA HISTÓRICA [1]

por Savigny.

Lo que determina á los autores de esta *Revista* á emprender su publicación, es el completo acuerdo que entre todos ellos existe acerca del modo y forma de considerar y cultivar la ciencia del Derecho. De esta convicción común vamos á dar cuenta en el presente artículo.

Quien reflexione atentamente sobre los métodos y puntos de vista que desde antiguo vienen dominando entre los jurisconsultos alemanes, hallará que todos ellos pueden agruparse en dos principales clases, como á su vez los jurisconsultos en dos escuelas, entre las cuales sólo debe aceptarse una diferencia fundamen-

(1) *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico), núm. I, tomo I.—*(N. del T.)*

tal, pudiendo considerarse como relativas las diferencias dentro de cada escuela y conciliarse siempre mediante transiciones imperceptibles. La antítesis fundamental se enuncia hoy día con más precisión y rigor que en otro tiempo, y es éste un hecho que todos deben estimar beneficioso, ya tomen parte activa en la contienda, ya esperen la solución como tranquilos espectadores, pues también el espectador tendrá la ventaja de informarse hoy con más exactitud de aquello que tal vez se le ocultaba antes de ahora, á saber: á cuál de los dos bandos se inclina su espíritu, y á quién, por tanto, ha de mirar como compañero y como contrario.

Una de estas dos escuelas ha sido bastante caracterizada con el nombre de histórica; para la otra, en cambio, es difícil encontrar un nombre positivo, pues no siendo una sino en su oposición á la primera, aparece, fuera de esto, con las más diversas y contradictorias formas, y ora se anuncia como Filosofía ó Derecho natural, ora como la sana razón común. A falta, por tanto, de otra expresión, la llamaremos *no histórica*. No es posible, sin embargo, comprender la antítesis entre estas escuelas de juristas mientras no atendamos sino á nuestra ciencia, pues la antítesis de que se trata es completamente general y más ó menos visible en todas las cosas humanas, especialmente, sin embargo, en las que atañen á la constitución y gobierno de los Estados.

He aquí el problema general: ¿en qué relación está el pasado con el presente, el *devenir* con el *ser*? Y sobre esto, dicen los unos que cada edad produce libre y arbitrariamente su vida, su organización, ya bien y felizmente, ya mal y con escasa fortuna, en la medida de su inteligencia y fuerza. Pero no es despreciable, aun dentro de esta manera de considerar la cuestión, el examen del pasado, toda vez que por él puede aprenderse qué resultados ha obtenido de su propia conducta: la Historia en tal sentido es una colección de ejemplos políticos y morales. Dicho examen, sin embargo, no es sino uno de tantos conocimientos auxiliares de que el genio puede muy bien prescindir.

Según la teoría de los otros, no se da ninguna existencia humana completamente individual y separada; antes bien, aquello que puede ser considerado como individual, ha de mirarse, por otra parte, como miembro de un todo superior. Así, es necesario considerar á cada individuo, al mismo tiempo que como tal, como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado; cada período de la historia de un pueblo como la continuación y desarrollo de las edades pasadas. Cualquiera otra concepción es por lo mismo parcial, y cuando se quiere llevar á la vida, falsa y perniciosa. En cambio, según ésta, no crea cada tiempo de por sí y arbitrariamente su propia vida, sino que ella se produce en indisoluble comunidad con todo el pasado. Tiene, por lo mismo, en tal caso, cada edad que reco-

nocer en sí algo dado ya, lo cual es á un tiempo necesario y libre: necesario, en cuanto que no depende del arbitrio especial del presente; libre, puesto que no es tampoco impuesto por una voluntad ajena (como el mandato del Señor á sus esclavos), sino que nace de la esencia suprema del pueblo, como un todo que deviene y evoluciona continuamente. La edad presente es también un miembro de este todo superior, que en él y con él quiere y obra; así que lo que por el todo se produce, también puede decirse que es producido libremente por la parte. No es, pues, ya la Historia solamente una colección de ejemplos políticos y morales, sino el único camino para el conocimiento de nuestro propio estado. Quien se encuentra en este punto de vista, juzga además y por lo mismo la posición contraria. No se trata ya de una elección entre lo bueno y lo malo, como si fuese bueno el reconocimiento de algo, malo el rechazarlo, y ambas cosas igualmente posibles. Por el contrario, es en rigor completamente imposible el rechazar lo existente *(gegebenes)*, que nos domina de una manera fatal de suerte que, aunque podamos hacernos ilusiones sobre ello, no podemos variarlo. Quien de tal modo se engaña creyendo ejercitar su propio especial arbitrio, allí donde sólo es posible aquella libertad común y superior, renuncia en realidad á sus más preciados derechos: es un siervo el que se imagina ser un rey, cuando podría ser un hombre libre.

Hubo un tiempo en el cual la separación entre la parte y el todo se acometió decididamente y con la mayor confianza en el éxito, no sólo la separación entre el presente y un pasado que se tenía en poco, sino también la del ciudadano y el Estado. Esta última se ha reconocido, merced á penosas experiencias, como errónea y perniciosa, y si aun ahora hay muchos que la albergan en sus corazones y quieren realizarla prácticamente, ya no se aventura con facilidad en la teoría. Todo lo contrario sucede con aquella otra separación entre el presente y el pasado, la cual encuentra aun hoy por doquier públicos y decididos defensores, por más que sea inconsecuente rechazar la una mientras se profesa la otra. La razón por la cual este egoísmo histórico (que así puede llamarse aquella primera separación) se ha conservado durante más tiempo que el otro, está en que muchos, sin darse cuenta de ello ciertamente, confunden su propia concepción personal del orden del mundo con este mismo orden, y así han llegado á aquel sentimiento ilusorio según el cual el mundo ha comenzado con ellos y con sus opiniones. Se comprenderá que esto no llega por lo general en ninguno de ellos á la conciencia, permaneciendo en la obscura esfera del sentimiento y apareciendo tan sólo en aplicaciones completamente particulares; pero aunque esto sea así, puede considerarse como algo más que un puro fenómeno literario.

Apliquemos esta exposición general de la antítesis

entre los dos puntos de vista, histórico y no histórico, á la ciencia del Derecho, y no será difícil determinar el carácter de las dos escuelas antes mencionadas.

La escuela histórica admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta ó la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad á examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna.

La escuela no histórica, por el contrario, admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados y solamente según sus convicciones, tal y como las produce el presente momento histórico. Así, esta escuela no puede explicar el que en alguna ocasión no sea todo el derecho introducido completamente nuevo y diverso del precedente, sino porque el legislador fué perezoso en el recto ejercicio de su cargo y tuvo, por tanto, necesidad de conservar, aunque con carácter de interinidad, como verdaderas para el presente, las opiniones jurídicas del momento anterior.

Cualquiera que desee ensayar la aplicación de estos principios á casos particulares, se apercibirá de cuán

honda es la oposición entre las dos escuelas. La cuestión del poder legislativo y la del judicial, y especialmente la forma científica de tratar el derecho, todo tiene un fundamento distinto según una ú otra concepción. Realmente no se da en la práctica una antítesis tan profunda; antes bien, aparecen á menudo los frutos de ambas escuelas bastante semejantes entre sí: esto obedece á que en la realidad se procede de ordinario sólo por la impresión del sentimiento y se prescinde de principios y consecuencias doctrinales.

Los autores de esta *Revista*, que con entera convicción son partidarios de la escuela histórica, desean promover, mediante su común empresa, el desenvolvimiento y aplicación de los puntos de vista de dicha escuela, en parte por sus propios trabajos, y en parte al ofrecer un punto de unión á las personas que piensen del mismo modo que ellos. Hoy día, en que, merced á las más preciadas fuerzas, se han salvado los supremos intereses de la nación, es cuando propiamente puede acometerse tal empresa con lozanas esperanzas. Ni hubiera podido resultar en estos últimos tristes años de cualesquiera investigaciones históricas, en especial las relativas á nuestra patria, sino un sentimiento tan desgarrador como nuevo y fresco es el incentivo que hoy día han recibido. Y por eso se alegrarían los autores si consiguiesen dar al examen histórico del derecho nacional un nuevo impulso. Precisamente hay todavía aquí ricos tesoros ocultos y tan

desconocidos, que los impugnadores de la Escuela histórica dirigen de ordinario toda su enemistad contra el cultivo laborioso de la Historia del Derecho romano, pasando, en cambio, sobre la del germano en silencio y como si no existiese, aunque es seguro que si presumiesen su estudio lo mirarían con tanta cuando no con más aversión.

Las reflexiones que preceden bastan para explicar que nos determinemos á escribir en cualquier forma en este orden de ideas; no obstante, la forma de Revista que hemos adoptado, requiere alguna especial aclaración.

Semejantes formas, pasajeras y transitorias, de la literatura, no parecen gozar ahora en Alemania de aquella extraordinaria aceptación de que no há mucho disfrutaban. Y es indiscutible que una literatura formada principalmente por ellas, no está ya en boga. Lo que en realidad se considera digno de estima es el desarrollo del pensamiento en las sólidas formas de un gran conjunto, es decir, lo que ordinariamente llamamos libros. Ahora bien: al ofrecer las Revistas ocasión frecuente de comunicar los pensamientos aún no elaborados y sólo como en bosquejo, lo cual siempre es más cómodo, dificultan en cierto modo el que se publiquen buenas obras completas, y en este sentido podría calificárselas con razón de un estorbo para la formación de los libros (*Bücherableiter*). No obstante, usadas de una manera prudente pueden producir efec-

tos beneficiosos. El paso del estado de ideas aisladas á los completos y buenos libros, se verifica sucesivamente y es, por tanto, muy lento las más de las veces. Si una Revista aspira á facilitar y promover dicho proceso, puede producir muy útiles resultados. Hasta aquí, pues, al hablar de las ventajas de las Revistas, lo hacemos en consideración al objeto de sus autores y colaboradores. Pero también en relación con los lectores, puede ser muy provechosa la forma de Revista. La literatura de una nación no se da ni permaneciendo inmóvil, ni manifestándose parcial y exclusivamente en libros y autores aislados; antes al contrario, se produce y anima continuamente por los sabios todos en comunidad y mutua acción y reacción con el público, y creo que cualquier persona práctica en estas cuestiones se apercibirá fácilmente de ello, aun allí donde se ofrece una mayor dificultad, á saber, en la época presente y en nuestra propia nación. Aun para aquéllos que no puedan mirar las cosas á tanta profundidad, tiene acaso gran interés que se facilite á la vista de todos aquel proceso de las ideas á que antes nos referíamos, y el papel de intermediario puede muy bien desempeñarlo una Revista, pues ella, por la manifiesta comunidad de ideas de sus autores y colaboradores y por su frecuente y parcial aparición, está en condiciones de producir una impresión más viva que los libros especiales.

He aquí por qué parece que una Revista, si se evita

el abuso anteriormente aludido, puede prestar buenos servicios, sobre todo en relación con el público estudioso, y por esta causa los autores han encontrado, en su vocación especial por la enseñanza, un nuevo estímulo para la realización de su intento.

Sin embargo, es de doble importancia en una empresa que, como su mismo nombre indica, está más en relación que cualquiera otra con su tiempo, la justa estimación del presente y de las relaciones de su literatura con la de las pasadas edades.

Se presumirá fácilmente cuán distantes están los autores de aquel punto de vista según el cual hay que disipar, en el concepto de la ciencia jurídica del día, la obscura noche dominante hasta ahora; defienden, por el contrario, la concepción histórica de aquella escuela de que más arriba han hecho profesión. Pero existe, por otra parte, una ciega y tan excesiva estimación del pasado, que es casi más peligrosa que aquella otra frívola presunción, pues mutila por completo las fuerzas del presente; y de aquí que tampoco deba apoyarla el sentido histórico, si es que ha de llevarse á la práctica y no tan sólo en los labios. Así, se ha afirmado recientemente que el Derecho romano es el principal y más importante que se ha descubierto, y que el mérito de los modernos consiste más bien en la elección entre las opiniones y teorías reunidas ya, y á lo sumo en haberlas apoyado con nuevas razones, que, sin embargo, están las más de las veces inspiradas en

las de los antiguos (1). Si así fuese, la ocupación en un oficio mecánico, donde nunca faltará ciertamente ocasión para propias y nuevas creaciones, nos parecería mucho más digna de un hombre de talento que nuestra ciencia. Afortunadamente no es así. No puede en verdad desconocerse la importancia de los civilistas del siglo XVI, aludidos por aquella afirmación, y acaso se ofrezcan en esta *Revista* múltiples ocasiones de proclamar la gloria de aquel gran tiempo. Nacía entonces la aplicación de la Historia y la Filología á nuestra ciencia; á cada paso se descubrían nuevas fuentes, y donde quiera que se volviese la vista podía hacerse surgir, con ayuda de los recientes conocimientos, un conjunto de relaciones nunca sospechado y cada vez más rico. Esto produjo un sentimiento juvenil y vigoroso de confianza en las propias fuerzas, robustecido y elevado por la creencia ilusoria, pero muy natural, de que la investigación podía continuar y continuaría en la misma medida y con igual ilimitación; y así, al lado de los grandes tesoros realmente encontrados, existía el presentimiento de una futura é inmensa riqueza, como la que acaso pudiera proporcionar la posesión de una varilla mágica. Nuestro tiempo no se parece á aquél ni en esto ni en lo extenso de la erudición, y de aquí que concedamos de buena gana que hoy día los juris-

(1) *Jahrbuch:* Heidelberg, 1815 (Anales de Heidelberg), cuaderno 2.°, páginas 110 y 157.

consultos, individualmente considerados, no alcanzarán jamás el esplendor personal de aquellos grandes hombres. Pero la vida no se ha detenido, y á causa de la acción universal del tiempo, son posibles ahora cosas en que el siglo XVI no pudo siquiera pensar. En general, la relación de una era literaria con el pasado, se parece mucho á la que debe unir á un hombre de buena voluntad con sus contemporáneos: reconoce con gusto el mérito ajeno y tiene espíritu abierto y entusiasta admiración para toda obra grande, pero con un seguro y tranquilo sentimiento de la propia vocación. Es también mucha verdad, respecto de las edades todas, lo que de una manera muy hermosa dice Paracelso acerca de las relaciones entre el alumno y el maestro. «La cualidad superior y más loable en un discípulo, es que permanezca blando como la cera hasta que su disciplina le proporcione fuertes y crecidas alas, y que entonces escape á la palmeta. Honroso y digno de alabanza es que los jóvenes arrojen á los viejos de sus nidos, pues deben superarlos en todo momento en ciencia y destreza, vigor y entusiasmo, y crecer como crece un haya joven que con su engrandecimiento disputa su gloria á las viejas hayas.»

He aquí las convicciones y la finalidad con que hemos emprendido esta *Revista*. Su contenido, en especial, ha sido anunciado ya en los avisos de los libreros en la forma siguiente:

I. Ensayos sobre todas las partes de la ciencia positiva del Derecho, preferentemente. sin embargo, sobre el Derecho romano y el germano. En armonía con el propio fin de esta *Revista*, sólo se publicarán trabajos cuyo objeto corresponda en general al punto de vista científico, y en especial al histórico. Los artículos de carácter meramente práctico quedan excluídos.

II. Fuentes del Derecho. Bajo este epígrafe se comprenden aquellas fuentes jurídicas

1) que ó no han sido impresas ó lo han sido viciosa é incompletamente, ó sólo en muy raros libros;

2) que puedan publicarse en dos ó tres entregas, sin limitar mucho el restante contenido de cada una de éstas;

3) que tengan un interés científico inmediato.

Dichas fuentes irán siempre acompañadas de una introducción que explique su significación histórica y científica; y cuando se conceptúe necesario, de una traducción y notas aclaratorias.

III. Misceláneas. Bajo este epígrafe se publicarán:

1) Noticias literarias de libros ó manuscritos útiles, raros ó poco conocidos.

2) Trabajos auxiliares para biografías jurídicas é historia de los institutos de enseñanza.

3) Observaciones críticas sobre algunos textos de fuentes jurídicas que ofrezcan interés y aclaraciones de los pasajes difíciles.

4) Artículos cortos dirigidos á promover investigaciones sobre puntos concretos.

IV. Recensiones críticas, bien que con una severa elección.

La mayor parte de lo dicho resulta claro de por sí; juzgamos, sin embargo, necesarias las aclaraciones siguientes:

Los ensayos ó estudios forman, como es natural, el principal objeto de esta empresa. Están destinados á servir á la parte científica, y en especial á la histórica del Derecho, donde puede ser lo predominante ó el método ó la investigación de los hechos. De aquí que lo que corresponde al llamado fin práctico, ó sea la manera inmediata y mecánica de facilitar la administración de justicia, la judicatura ó la abogacía, caiga fuera del plan de esta *Revista*. Los autores, sin embargo, serían muy mal comprendidos si se creyese que sólo entran en su plan aquellos trabajos que, dada la división corriente de los estudios jurídicos, caen dentro de la historia del Derecho; antes al contrario, pertenecen también á nuestro objeto la dogmática y la interpretación en cuanto se consideran en un sentido histórico, de suerte que, en general, no es por el objeto, sino por el punto de vista y manera de tratarlo, como puede reconocerse si un trabajo corresponde ó es extraño al fin de nuestra *Revista*. Del mismo modo, están muy lejos los autores de excluir en general de sus trabajos cualquier aspecto práctico, cual si por su es-

píritu fuesen opuestas la vocación del jurista práctico y la del científico. No es así: sólo entre lo histórico y lo no histórico domina una antítesis absoluta, pues las cuestiones prácticas pueden tratarse con el más delicado sentido científico, al modo como en las respuestas de los jurisconsultos romanos, la consideración práctica y la histórica aparecen igualmente dignas de admiración. El triunfo de la investigación histórica se logra cuando lo investigado se muestra á la simple é inmediata contemplación, como algo que subsiste y vive con nosotros, y precisamente entonces es cuando ambos puntos de vista, histórico y práctico, se compenetran por completo. Pero no siempre se logra investigar la historia con este espíritu, y el propósito de no trabajar á más bajo precio lleva de modo inevitable á una consideración completamente superficial de las cosas, en una vana pretensión de espíritu mucho más infructuosa que el anhelo opuesto, completamente material. «No he encontrado en general—dice Göthe—arrogancia más perniciosa que la del que pretende llegar al espíritu cuando la letra no es aún para él familiar y clara.» Las cualidades que más son de desear en un investigador cualquiera, las forman, por una parte, la severidad, esto es, que aspire á penetrar hasta el fondo de las cosas; por otra parte, la más sincera modestia.

Todos convendrán en que el dar á conocer fuentes no impresas aún, es el primero de los servicios que

pueden prestarse á la ciencia histórica. Pero este servicio depende de raras y dichosas casualidades. Invitamos, pues, á todos los amantes de nuestra ciencia á que remitan, aun sin especial exhortación de los autores, todo lo que tuviesen la fortuna de encontrar respecto á dichas fuentes. Entre los documentos, se comprenden con preferencia en este caso los que pudieran ser instructivos para la historia del Derecho patrio.

Finalmente, por lo que concierne á las Recensiones tenemos cuando menos la intención de dar cuenta, á medida que vaya apareciendo, de la literatura jurídica toda. Sólo serán objeto de crítica aquellas obras especiales que ofrezcan ocasión á los autores de decir algo propio y de interés para la ciencia. Pero aun con tal limitación, no creemos totalmente desprovista de utilidad esta parte de nuestras tareas; porque si es cierto que aparecen por doquier buenas y fundamentales Recensiones de obras de Derecho, sin embargo, la crítica jurídica considerada en general se parece mucho á la fortuna, que, según la expresión del poeta, «palpa entre la muchedumbre, y tan pronto se posa en los rizos inocentes de los niños, como en la culpable mollera de los calvos;» con esta diferencia tan sólo: que la fortuna causa muchas veces la muerte del inocente, mientras que la crítica otorga con mayor frecuencia la vida al que no la merece. Después de esto, ninguna persona justa considerará de seguro ni presumidos ni jactanciosos á los autores de esta *Revista*,

cuando pretenden distinguirse de la mayor parte de los críticos por su juicio sensato y libre de preocupaciones.

No podemos ni queremos prometer nada acerca de la frecuencia con que se publicará esta *Revista*, ni sobre su duración. Prometemos tan sólo que no aparecerá con más ni menos frecuencia de lo que, habiendo de trabajar con gusto y verdadero amor á la materia, pueda naturalmente ocurrir. Pero dure mucho ó dure poco, no podrá decir nadie que se haya apartado nunca de su verdadero fin.



II [1]

RECENSIÓN

DEL LIBRO DE N. TH. GÖNNER

SOBRE

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA EN NUESTRO TIEMPO

(Erlangen, Palm., 1815)

por Savigny.

Al escribir mi folleto sobre legislación y jurisprudencia, pude reconocer con sincera satisfacción que Thibaut, contra el cual iba dirigido, habló impulsado por su entrañable amor á la causa de la patria. Muy otra cosa sucede con el trabajo de que vamos á ocuparnos ahora. Se exponen en él sin rebozo las peores opiniones y máximas que prosperaron en Alemania bajo la dominación de Bonaparte y que causan repugnancia á toda persona honrada, aduciéndose en unión con la defensa de los Códigos en contra del derecho histórico. Estoy muy lejos de querer deducir de esta

(1) *Zeitschrift*, tomo I, núm. XVII.—*(N. del T.)*

unión, cual si fuese esencial y necesaria, ventajas desleales para mis anteriores discusiones; es más: si la obra de que se trata sólo contra mí se dirigiese, la dejaría pasar en silencio, de conformidad con la inclinación bien manifiesta mía. Pero calumnia y falsea á un tiempo todo el punto de vista del derecho y la jurisprudencia que yo estimo justo, y en tales circunstancias precisa que aquél que ama verdaderamente su ciencia no se sustraiga al contacto de una cuestión mezquina. Declaro del mismo modo terminantemente que no puede tratarse aquí de lo que en otros tiempos se llamó una discusión erudita, pues el público ante el cual habría de llevarse me agradecería muy poco que considerase necesario, á causa suya, el examen de la citada obra. Ni tampoco ha contado seriamente nuestro autor con una refutación en este sentido. Su plan, como de lo que sigue se deduce, parece dirigido contra aquella respetable clase de lectores á quienes las ocupaciones propias de su vocación invitan á tomar noticia de esta literatura por la prensa diaria, pero que al mismo tiempo se encuentran imposibilitados para someterla á una crítica tranquila y severa; de suerte que procediendo con osadía bastante, es fácil engañarlos. Si se considera, por tanto, el examen que sigue como una exemplificación de las malas artes destinadas á sorprender á dicho público, no tendremos nada que objetar en contrario. En estas circunstancias, puedo abandonarme ya al tranquilo senti-

miento de callar todo aquello que pudiera haber dicho aun en contra de nuestro autor; pues ni realmente me ocupo de él, ni todo cuanto dijese sería sin duda más ni otra cosa que una repetición de sus mismas deslealtad y doblez, las cuales deben hacerse manifiestas aquí, y al hablar del motivo del presente trabajo, de una vez para todas.

Lo primero á que alcanza este ataque hostil contra el método histórico en la jurisprudencia, es naturalmente la dirección general y el fin del mismo. Hace ya muchos años que sus adversarios consideran donde quiera, como la propia esencia de dicho método, la exaltación exclusiva é ilimitada del Derecho romano. Dentro por completo de este sentido habla nuestro autor en las páginas 222 y 223, al caracterizar en general el método histórico. «En tercer lugar—dice,—como apartado de la suprema región de la ciencia y del eterno derecho de la razón, este método deja al derecho en el estado de formación que tenía entre los romanos... Rompe con la experiencia y cultivo del derecho hasta nuestros días: si necio fuera que prescindiéramos de la práctica y cultura del Derecho romano, tanto y más necio es aún que pretendamos despreciar y no utilizar las experiencias que han seguido hasta hoy.» Pág. 225: «Establece el sistema de los romanos como el fundamento, y adhiere á él, cual si fuesen modificaciones suyas, las variaciones introducidas por las otras fuentes del Derecho.» Pág. 238 (en que habla de

mi folleto): «En este sentido, pretende que el estudio del derecho reciba su fundamento científico de la enseñanza del Derecho romano, con cuya base y sin estudio del derecho regional, puede cualquiera aprender cuanto necesite al comenzar los negocios ó el ejercicio práctico.» Y del mismo modo en otros muchos pasajes, especialmente en las páginas 2, 138, 139, 145, 148, 186, 188, 189, 195, 198, 199, 207, 223, 240, 263; de suerte que lo transcrito antes no puede considerarse como una observación que escapa por accidente al autor, sino como un punto de vista dominante, de lo cual se penetrará perfectamente el lector por las frecuentes repeticiones.

Ahora bien: aquél que no permanezca ajeno á la literatura jurídica, encontrará desde luego incomprensibles las afirmaciones transcritas acerca del carácter del método histórico, puesto que de éste resulta en cierto sentido precisamente lo contrario. Es decir, que el método histórico quiere realmente impedir que, dejándonos cautivar por alguna opinión ó algún sistema (de propia invención ó aprendido), olvidemos nuestro verdadero estado jurídico, determinado por todo el pasado de la nación. Exige la investigación del Derecho romano, puesto que éste ha sido en nuestra historia una parte de nuestro derecho; pero no exige menos el estudio profundo del primitivo Derecho germánico, si que también el de las variaciones que Derecho romano y germano han experimentado entre nosotros por

la práctica y el trabajo científico de muchos siglos. Es, además, la excelencia del Derecho romano ajena por completo al principio del método histórico, pues aun cuando el Derecho romano fuese menos excelente de lo que es en realidad, con todo eso, por haber sido derecho nuestro, el método histórico exigiría un estudio serio del mismo; y así, aun ahora, se ocupa con igual interés del Derecho romano del tiempo de los Emperadores cristianos y del de los tiempos de Ulpiano, por más que vea con claridad cuán por bajo está aquella época respecto de ésta. Ahora bien: aquella exposición, fundamentalmente falsa, de la esencia del método histórico, pudiera pasar por irreflexiva; pero el autor del trabajo de que nos ocupamos no tiene esta disculpa, toda vez que he llamado ya la atención en mi folleto (pág. 17) sobre esta singular equivocación. Y si aún pudiera quedar duda de que el autor ha expuesto falsamente, con intención y á sabiendas, vendría por completo á desvanecerla la comparación con sus fuentes de los extractos que siguen de mi folleto, hechos por el autor:

Savigny, págs. 117-119.	**Gönner**, págs. 198-199.
Así, pues, según esta concepción, es el método rigurosamente histórico de la ciencia del Derecho el que nos lleva á aplicar,	«En general,» aquello por lo cual deben aplicarse y estar exentas de censura las fuentes jurídicas que hasta ahora lo han

sin posible censura, como fuentes jurídicas, el derecho común y el derecho regional. El carácter del mismo método no está, como de modo inexplicable han dicho algunos impugnadores modernos, en el enaltecimiento exclusivo del Derecho romano, ni tampoco en que pretenda la conservación incondicional de lo existente, cosa que, por el contrario, trata precisamente de impedir... Pero la materia que ha de tratarse de este modo es triple en el derecho común, y así resultan tres partes principales de nuestra jurisprudencia, á saber: Derecho romano, Derecho germano y Modificaciones posteriores de ambos derechos...

... No puede ser mi intento exponer aquí de una sido, es el método rigurosamente histórico de la jurisprudencia, cuyo carácter no está en que pretenda la conservación incondicional de algo existente (ley), lo cual, por el contrario, trata precisamente de impedir... El único punto de partida posible para este estudio (pág. 119) es el Derecho de las Pandectas.

manera detallada este procedimiento, en relación con todas las partes de nuestro derecho: solamente respecto del Derecho romano debe añadirse algo, toda vez que precisamente la manera de tratarlo ha sido hoy día puesta de nuevo en cuestión. Considero el único punto de partida posible en este estudio... el Derecho de las Pandectas.

De esta suerte, lo que yo dije acerca del Derecho germano, etc., se omite aquí intencionalmente, y el Derecho de las Pandectas, que declaro ser el punto de partida justo en el estudio del Derecho romano, se convierte en el punto de partida para el estudio del Derecho en general. Con idéntica honradez refiere después de esto mi opinión acerca de la nueva literatura jurídica.

Savigny, pág. 121.

... por el contrario, quien no estudia de un modo fundamental el Derecho romano, es arras-

Gönner, pág. 233.

Se les aconseja (á los discípulos) que se pongan en guardia contra el particularismo del presente y

trado casi inevitablemente, y más cada vez, á la inseguridad, por la literatura moderna; debiera, pues, ignorarla por completo y dejar al acaso el que influyese sobre él el resultado parcial, reciente y tal vez muy pequeño de dicho desenvolvimiento literario, en cuyo sentido se ha hecho mucho en los últimos tiempos.

que ignoren por completo todo lo que no proceda de esta escuela *(ex nostris*, decían los jesuitas).

Aquí, pues, se dice ser mi consejo precisamente aquello que yo repruebo como superficialidad é interpretación defectuosa. No es difícil averiguar lo que haya podido mover al autor á estas falsedades (1). En primer lugar, es muy fácil de contradecir el que se pretenda el enaltecimiento absoluto y exclusivo del Derecho romano, y en consecuencia, es muy conveniente hacer creer á los lectores que aquél á quien se quiere combatir lo pide. En segundo lugar, nadie ignora, ni aun aquél que no quiere sentirlo, que se ha despertado

(1) En este lugar sólo he citado algunas; otras se encuentran en las páginas 232 y 233, cotejándolas con los pasajes allí citados de mi folleto (págs. 114, 117 y otras).

hoy día en los países alemanes un cariño nuevo y lleno de vida á la patria común. Y puesto que el punto de vista histórico en la jurisprudencia viene al encuentro de este sentimiento patriótico y lo promueve, en cuanto que tiene por objeto el Derecho germano, al cual cultiva con no menos celo y entusiasmo que al romano, es seguramente muy ventajoso para sus impugnadores callarse respecto de este punto. Así evitan la simpatía tan desagradable para ellos, que pudiera sentir por el método histórico la parte bien intencionada del público no erudito, y se truecan de tal modo las cosas que dicho método aparece afanándose por favorecer lo extranjero y antialemán, que así es como comienza nuestro autor, pág. 1.ª: «Contra la enérgica exhortación de los sabios alemanes... elévase la voz de un sabio romanista,» etc., etc. Por lo demás, el autor no ha mostrado ignorar tan sólo la existencia é importancia del Derecho germano en la exposición del método histórico, sino también (y en parte por iguales razones) en sí mismas, de tal suerte que, según su obra, podría creerse, por ejemplo, que la comunidad de bienes era una ingeniosa invención de los Códigos modernos. La historia general del Derecho, tácitamente supuesta por él, acaso pudiera expresarse en la siguiente forma: primero existió en el mundo el Derecho romano; vino después la Edad Media, cuya mísera barbarie ninguna atención merece, y esta edad llega hasta 1750; finalmente, brilla la luz del más perfecto

progreso y se forman los Códigos, frente á los cuales, como es natural, el Derecho romano no significa absolutamente nada.

Y voy ahora á lo particular.

En el primer capítulo (págs. 10-14, y aun otra vez después de esto en las págs. 122 124) bosqueja el autor un cuadro pavoroso de la diversidad jurídica en los Estados alemanes, de suerte que, á juzgar por su pintura, se concibe con dificultad que los habitantes de cualquier región hayan podido sostenerse hasta ahora sin un Código general. ¿Cómo, sin embargo, muestra la experiencia que en ninguno de los grandes Estados alemanes que se encuentran en semejante situación, se han hecho sentir aquellas calamidades tan inminentes? La situación jurídica del Estado prusiano es, como afirma nuestro mismo autor (pág. 189), muy próspera, y, sin embargo, como el *Landrecht* prusiano sólo ocupa el lugar del antiguo Derecho común, subsistiendo los derechos regionales, dada la teoría del autor, dicha situación debería ser tan insoportable como la que él bosqueja. La razón principal de este hecho consiste en que la diversidad de los derechos particulares en Alemania no es tan profunda como de ordinario se hace aparecer. Aun allí donde aquéllos se han escrito no tienen propiamente el carácter de Códigos, sino que contienen tan sólo desviaciones parciales del Derecho común, al cual presuponen en general como Derecho vigente.

En el capítulo segundo expone el autor simbólicamente, según las cuatro edades del hombre, una historia universal ó filosófica del Derecho: á la infancia corresponde el derecho consuetudinario; á la adolescancia, que aspira á huir de la imperfección que aquél supone, los libros de leyes; á la edad viril, los Códigos que consolidan el bienestar durante siglos, y á la ancianidad, falta ya de fuerzas, los remedios de las novelas. Observaremos tan sólo que ningún pueblo ha recorrido realmente este círculo.

En el capítulo tercero se expone con toda claridad (págs. 43-44) una opinión que aparece en otros muchos pasajes del libro. Se llama la atención á los Gobiernos en contra del método histórico, cuyos defensores pretenden arrebatarles el derecho de legislar y ponerlo en manos del pueblo y de los juristas como representantes de éste; dicho punto de vista conduce manifiestamente, como asegura el autor, «á que los Estados no sean regidos por sus reyes, sino por el pueblo y los juristas, y á que los jurisconsultos sean los soberanos en el orden del derecho, ó lo que es igual, que ya que á ellos revierte la conciencia popular, vengan á ser los únicos legisladores, con la excepción de aquel corto número de materias respecto de las cuales no basta su poder: de esta manera, únicamente en su ayuda es legislador el soberano, que, por lo demás, puede ser un mero espectador de lo que se les antoje disponer al pueblo en lo político y á los juristas en

cuanto á lo técnico. La cosa, como se ve, es muy grave y fecunda, y su completa exposición parece ser, según un pasaje de Hugo, una de las particularidades de la moderna Escuela histórica del Derecho romano.» Y lo mismo en las páginas 22, 25, 26, 46, 88, 125 y 126.

Este punto es seguramente de importancia y quiero tratar de ponerlo en claro, no para nuestro autor, sino para las personas á quienes, por la exposición y según el intento de éste, pudiera parecer obscura la cosa.

Dije, en efecto, que el contenido del Derecho civil lo forman y desenvuelven en su mayor parte el pueblo y los jurisconsultos, y que el influjo real de la legislación sobre el mismo es más pequeño de lo que ordinariamente se cree. Pero me refería aquí á las fuerzas creadoras internas, no á la externa constitución de nuestros Estados, y no quería, por tanto, afirmar ni que el Senado de los jurisconsultos y los Comicios del pueblo hubiesen de ser precisamente los que determinasen el derecho, ni que al legislar cometan los monarcas un atentado al verdadero derecho constitucional. Por el contrario, si existiesen semejantes Senado y Comicios, les aplicaría lo mismo que de los monarcas he dicho, á saber: que su misión es reconocer y promulgar el derecho que existe independientemente de ellos, y que desconocen esta misión cuando (aunque sea con buen fin) ponen su propia voluntad en el lugar de dicho derecho. Aclararemos esto con una comparación.

El cambio monetario se fija por la opinión popular que representan aquí los comerciantes como allí los jurisconsultos, y así el parecer de los comerciantes es lo que determina el cambio las más de las veces. Ahora bien: nuestro autor podría notar y asegurar los monarcas que se trata de una pretensión rebelde, que solamente los soberanos como legisladores tienen el derecho de fijar el cambio, lo cual sería verdad en el sentido de que en realidad ni el pueblo ni los comerciantes tienen ningún derecho externo conforme á la constitución para tomar tales determinaciones. Pero en materias financieras, si obra bien el Gobierno al intervenir, se verá muy luego por la prueba que se intenta, prueba que nos falta ciertamente cuando manejamos con incompetencia el Derecho civil.

Respecto de los derechos de que, según nuestro punto de vista, debe estar privado el soberano, hemos de manifestar algo todavía. El autor no afirma que deba el soberano practicar la legislación por mero pasatiempo y como un juego; al contrario, según las págs. 27, 42, 57 y 192, todo debe determinarse en conformidad con la razón, la utilidad, la experiencia, la sabiduría y la justicia. Esto supuesto, cuando existiese (si es que tal cosa es posible tratándose de un legislador) una ley formada de otro modo que con arreglo á la razón, la utilidad, etc., debería nuestro autor considerar semejante hecho como un mal uso del poder de legislar; en el mismo sentido afirmé yo

que es injusta la práctica de la legislación, si es que ésta ha de construir arbitrariamente el estado jurídico, y no, por el contrario, reconocer y promulgar el derecho que vive en el pueblo, sin la cooperación de voluntad arbitraria alguna (sea de la misma nación, sea de los soberanos), pues este derecho vivo en cada pueblo es el único conforme con la razón. Parece, pues, que aquello que defiende en realidad nuestro autor es el poder absoluto y arbitrario. Los defensores de éste pueden patrocinarlo en dos respectos por completo diferentes: primero, en lo que se refiere al establecimiento de la Constitución (de que aquí no nos ocupamos); segundo, en relación con el mero ejercicio de los derechos constitucionales, y, por tanto, con su aplicación especial á la formación del Derecho civil, que es de lo que aquí tratamos. «El pueblo—dice nuestro autor (pág. 36),—habituado ya á recibir de mano de sus soberanos todo lo que es bueno y grande, acata, lleno de reconocimiento, el Código que lo hace feliz.» Págs. 87 y 88: «El derecho abandonado al pueblo y los jurisconsultos se parece á un jardín en que la mala hierba crece exuberante y ahoga los gérmenes de las mejores semillas; únicamente la legislación que emana del supremo poder del Estado puede producir y mantener el derecho, como todo lo que afecta á la comunidad, en condiciones saludables.» Claro está que el arbitrio absoluto no aparece aquí con su propio nombre, sino como si únicamente se

tratase de la razón, la felicidad del pueblo, etc., etc.; pero tampoco recordamos que ningún déspota haya jamás prometido expresamente hacer la desgracia de la nación, y así los defensores del despotismo no saben nunca alabar bastante lo bien que se encuentran los pueblos sometidos á él. En los últimos tiempos especialmente y para hacerlo más amable, lo han vestido con nombres pomposos como progreso, humanidad, derecho humano, etc., obras maestras de que nos ofrece galerías completas la historia de la dominación de Bonaparte. Sin embargo, la cuestión es siempre la misma en el fondo, y la simple distinción entre el despotismo y la libertad consistirá eternamente en que bajo aquél dispone el soberano (ó las personas en quienes delega) á su antojo y de un modo arbitrario, mientras que bajo ésta respeta la naturaleza y la historia en las fuerzas vivas de la nación; en que allí el pueblo es una materia inerte sobre la cual trabaja el soberano, y aquí un organismo de naturaleza superior á cuya cabeza lo ha puesto Dios, un organismo con el cual debe estar en íntima armonía. Repito que la antítesis entre el despotismo y la libertad cabe concebirla en las más diversas formas constitucionales: una monarquía absoluta puede, por el espíritu de su Gobierno, ser libre en el más alto sentido, como una república es susceptible del más duro despotismo, lo cual no quiere decir que no haya formas de Gobierno que favorezcan especialmente uno ú otro de dichos esta-

dos. Aparte de esto, pueden desempeñarse de una manera despótica, ó respetando la libertad, no sólo el Gobierno supremo del Estado, sino también todos y cada uno de los cargos de éste, no obstante lo cual se equivocaría grandemente quien creyese poder hallar tan sólo en la dureza de las formas exteriores ó en las miras interesadas de la maldad personal, el carácter despótico. No por ello deja de ser éste igualmente malo en sí mismo.

En lo que concierne en general á las relaciones entre el despotismo y los Códigos, estoy muy lejos de afirmar que todo Código sea producto de una intención despótica. Por el contrario, en mi folleto anterior reconocí que bajo ciertas condiciones la formación de un Código es beneficiosa y merece todo género de aprobación; y aun allí donde faltan esas condiciones puede por lo menos verificarse con excelente intención, como lo prueba la historia contemporánea. Lo que yo afirmaba era que el sistema de libertad, tal cual antes lo he descrito, contradice por sus consecuencias la formación extemporánea de un Código, en tanto que el sistema del despotismo (y especial del despotismo adornado con nombres pomposos) conduce necesariamente á dicha inoportuna formación, como se ve, por ejemplo, en nuestro autor, con esta relación de principio y consecuencia. Creo también que la formación inoportuna de un Código, tanto por la arbitrariedad de que nace como porque desgarra el tejido de la his-

toria, puede á su vez ser favorable en alto grado al despotismo.

En el mismo capítulo (págs. 63-64) se considera como lo principal el examen del derecho existente; pero al mismo tiempo se reputa su anotación un trabajo despreciable por completo y que un escritor cualquiera puede ejecutar con facilidad. Ahora bien: el único que puede examinar y anotar á conciencia el derecho existente, es el que lo conoce á fondo: aparece, por tanto, en aquella afirmación del autor involuntariamente confirmado mi parecer de que en nuestro tiempo no existe vocación para formar un Código. Y esto se ve muy claro en el propio ejemplo del autor, el cual, á lo que puede deducirse de muchos textos de su obra, parece que trabaja en un Código para el reino de Baviera. El primero de sus deberes en este orden era, por tanto, examinar el derecho existente, y naturalmente conocerlo; desconoce, sin embargo, en absoluto el Derecho romano, lo cual ni puede ofrecer dudas á nadie que esté al tanto de estas cuestiones, dados una multitud de pasajes de éste y anteriores trabajos suyos, ni deja, por otra parte, de notarse donde quiera por la antipatía que le merece aquel derecho. ¿No sería, pues, muy de desear que se reservase la formación de un Código para aquellos tiempos en que los hombres que, como el autor, tienen tan decidida vocación para legislar, estuviesen al mismo tiempo dotados de los conocimientos jurídicos necesarios? Cuando esos tiem-

pos lleguen, abandonaremos de buena gana nuestra aspiración hacia otros enteramente fantásticos (así califica irónicamente nuestro autor á los actuales) en que cualquier escritor vulgar pueda poseer los eruditos conocimientos de que carecen hoy día grandes legisladores á despecho propio y con general sentimiento.

Todavía se encuentra otro pasaje digno de notarse en este capítulo (pág. 46). Se demuestran en él cuáles son los frutos de la legislación y cuáles los del derecho consuetudinario con el ejemplo del Norte de América: allí en pocos años, y bajo el imperio de las leyes, las repúblicas se han elevado (según el autor) á portentosa altura, en tanto que sus rudos troncos permanecen en un profundo abatimiento bajo el derecho consuetudinario. Pero desgraciadamente para el autor, los Estados Unidos han conservado todo el derecho inglés, que, como sabemos, es un derecho consuetudinario antiquísimo, modificado tan sólo por leyes especiales, y ni se ha sentido allí la necesidad de un Código ni existe siquiera en perspectiva. De lo cual se deduce, por el contrario, que los habitantes de los Estad s Unidos como los del reino de Inglaterra deben vivir en el mismo estado de salvajismo que aquellos rudos troncos, hasta tanto que un Código los convierta en hombres civilizados y dichosos.

El capítulo cuarto (titulado *Derecho romano)* es más notable por su conjunto que por los puntos bri-

llantes que presenta; merecen, sin embargo, toda nuestra atención los pasajes siguientes: del tenor de las páginas 86, 87 y 96 (véase también pág. 202), resulta que el derecho en tiempo de Justiniano «se seguía formando esencialmente por los jurisconsultos, lo mismo que otras veces, y se conservaba tan lleno de vida, que según el tercer Prefacio de Justiniano relativo á la Sanción de las Pandectas, se habían escrito cerca de 2.000 libros y publicado 1.300.000 tesis,» de lo cual se infiere asimismo que semejante situación del derecho era muy desesperada, puesto que como tal la describe Justiniano, y toda vez que solamente la legislación podía remediar tanta calamidad. Ignoro si el autor ha consultado manuscritos desconocidos de la *Constitutio tanta;* pero creo, aparte de esto, que según su opinión, *trescentes decem millia*, traducido al alemán, debe ser un millón trescientos mil. Por lo que concierne á aquel estado tan vivo del derecho en tiempo de Justiniano, no creo que el uso del idioma, el corriente por lo menos, permita llamar vivo á aquello que pereció ya há largo tiempo, pues los autores del gran número de obras jurídicas de que habla Justiniano habían muerto hacía muchos siglos, y el peligro estaba, por el contrario, en la ineptitud de los jueces y abogados para poder comprender y aplicar dichos trabajos. La calamidad, por tanto, no consistía en los 2.000 libros, sino en la incapacidad de los que habían de leerlos, y esta incapacidad no era más que

un resultado de la decadencia general de la nación. En tiempos de Adriano ó Caracalla, en que el derecho tenía en los jurisconsultos una existencia robusta, nadie se quejó, como en los de Justiniano, de la confusión del derecho. Está, sin embargo, muy en el orden que nuestro autor simpatice con las máximas de gobierno de Justiniano, y cite con especial complacencia las manifestaciones de las mismas (véase pág. 202): nunca el despotismo ha conseguido un florecimiento mayor que bajo la dominación de Justiniano; bien es verdad que los súbditos del Imperio eran un objeto muy digno de este despotismo, cosa que nadie puede afirmar sin avilantez de los nobles pueblos alemanes.—No cree el autor (págs. 93 y 95) que el edicto del Pretor deba contarse entre el derecho consuetudinario, y esto principalmente por dos razones: En primer término, por que «aun cuando los Pretores acostumbraban de muy antiguo, al sucederse, á renovar ciertos edictos de sus predecesores, no había en esto más que lo que encontramos en cualquiera de las leyes vigentes durante largo tiempo, las cuales no se reputan por nadie derecho consuetudinario, á causa de que el pueblo está desde hace mucho tiempo acostumbrado á ellas.» Este argumento no ha tenido nunca presente aquella manera de considerar el edicto, ó mejor dicho, la convicción, según la cual el contenido del mismo, las más de las veces, al extenderse por escrito había sido de mucho antes reconocido en el pueblo, y había, por tanto,

recibido su sanción de la llamada costumbre, ó para ser más exactos, de la conciencia popular. En segundo término, teme el autor «que se origine una dificultad: la de saber si los romanos exigían para ello (se refiere á la validez del edicto) todos los requisitos del derecho consuetudinario.» Esto sería muy exacto si los romanos hubiesen aprendido su derecho por nuestros compendios de las Pandectas, en los cuales tiene ciertamente el derecho consuetudinario una estructura distinta por completo de la que en la misma Roma tenía.

En el capítulo sexto (nuestra vocación para legislar) se indigna el autor (pág. 136) ante la presunción con que sin duda trato á los grandes hombres del siglo XVIII, como J. H. y G. L. Böhmer, Meister, Cramer y otros muchos, al calificar á dicho siglo de pobre en jurisconsultos eminentes. Y habla de esto como si los juristas que profesan actualmente el método histórico se atribuyesen, estimando en poco las edades pasadas, un mérito nuevo por completo. Con todo, no conozco en realidad ningún contemporáneo que pretenda ponerse en parangón con los grandes jurisconsultos del siglo XVI, como Cujacio, los dos Pithou y Augustino, etc., los cuales, sin embargo, diremos de pasada, tampoco profesaban una predilección parcial por el Derecho romano, sino que se ocupaban del derecho patrio, con los mismos profundo sentido y erudición con que trabajaban sobre aquél. Esto sentado, si afirmamos, por ejemplo, que Crell, Nettelbladt y

Claproth, calificados de grandes jurisconsultos en la citada pág. 136, son, en comparación de Cujacio y Augustino, gentes de poca importancia, y de que casi no hay que hacer aprecio, incurriremos acaso en un error; pero nadie podrá ver en ello una presuntuosa y excesiva estimación de los contemporáneos. Por lo demás, no debe negarse que algunos de entre los hombres citados por el autor, por ejemplo, J. H. Böhmer como canonista, tienen mucho mérito. Si los jurisconsultos alemanes del siglo XVIII eran tan grandes hombres, ¿cómo se explicaría que en este tiempo, la jurisprudencia precisamente, hubiese decaído tanto, aun en relación con otras ciencias, en la estimación general, y fuese casi un arte servil, en vez de gozar de aquel alto aprecio que en anteriores y mejores tiempos había merecido? Algo contribuirían las circunstancias externas; pero el llegar á ser lo principal dentro de cada tiempo, depende ciertamente del valor intrínseco de los representantes vivos de una ciencia.

En el mismo capítulo (págs. 140 149; véase también págs. 185, 192, 218, 228 y 269) se compara con los antes calificados de grandes hombres del siglo XVIII, á los jurisconsultos que en la actualidad son partidarios del método histórico, rebajándolos extremadamente. La nueva escuela es por su dirección en parte histórica y en parte sistemática. «El sentido histórico es común á los jurisconsultos del siglo pasado y á los de la nueva escuela. Los trabajos de aquellos grandes

hombres prueban que tenían siempre á la vista el derecho positivo y que se afanaban por ilustrarlo con su historia,» etc., etc. En consecuencia, concluye el autor que no hay diferencia ninguna por lo que respecta al sentido histórico, no fijándose, como es natural, en la bagatela de si las cuestiones objeto de aquellos trabajos se trataban ó no con competencia, sensatez y resultados. Toda la diferencia está, pues, en la dirección sistemática, pero con extraordinaria desventaja de parte de la nueva escuela. Acepta ésta todo lo positivo como dado por la experiencia *(a posteriori)*, y sólo es sistemática por la forma, quedando relegado el sentido científico. Muy de otro modo los consabidos grandes hombres supieron aunar el sentido científico y la investigación histórica: «El sentido científico parte de los conceptos por conocimiento *(a priori)*, y á ellos refiere el dato positivo que de los mismos y por igual camino viene ulteriormente á deducirse. Aquí, pues, tiene también naturaleza científica la materia, y no únicamente la forma.» Ahora bien: si aquellos hombres extraordinarios poseían realmente todo lo que posee la nueva escuela, y, lo que significa mucho más para este caso, si tenían la erudición y el gran talento que nuestro autor pretende, ¿cómo, sin embargo, el método aplicado por unos cuantos jurisconsultos contemporáneos ha logrado alguna reputación é inspira pública confianza? Y que realmente ha conseguido esto, puede inferirse de la antipatía

con que desde hace mucho tiempo lo mira nuestro autor.

Examinemos algo más de cerca la cuestión. Según el método que estimo justo, debe investigarse en la variedad de los hechos que la historia ofrece la suprema unidad, el principio de vida que ha de explicar los fenómenos particulares y espiritualizar, por tanto, el dato material. Lo vario existente tiene, sin embargo, una doble naturaleza, á saber: es en parte simultáneo y en parte sucesivo, y de aquí nace necesariamente una doble actividad científica. El referir lo vario simultáneo á la unidad que en él reside, es lo que constituye el procedimiento sistemático, cuya expresión no debe reservarse, como lo hacen muchos, entre ellos nuestro autor, para aquel definir tan sólo en vista de consideraciones formales y lógicas. El trabajo sobre lo vario sucesivo constituye, por el contrario, el procedimiento propiamente histórico. Esta expresión se refiere por muchos, á los que también pertenece el autor, á un procedimiento secundario por naturaleza, cuya propia finalidad consiste en buscar datos materiales y no pasar de ahí; pero proceden aquí también con gran sinrazón. El procedimiento propiamente histórico se propone, por el contrario, partiendo de lo existente, perseguirlo á través de todas sus variaciones, hasta encontrar su origen en la naturaleza, destino y necesidades del pueblo. De aquí que, por el contrario, el dato positivo se transforme y es-

piritualice, puesto que aquello que aparecía en un principio como algo material y sin vida, ha de mirarse en adelante como fuerza viva y actividad del pueblo. El supuesto general en este procedimiento es que cada pueblo tiene en su vida toda, y en especial tambtén en su derecho civil, una individualidad no meramente accidental, sino esencial y necesaria, fundada en todo su pasado, y que, por tanto, la invención de un derecho común para todos los pueblos sería tan inútil como la de una lengua uniïversal que hubiese de reemplazar las lenguas vivas existentes. No por esto desconocemos que en aquello que es individual y vario, se encuentran ciertas direcciones universales humanas y uniformes que podemos designar como el elemento filosófico de todo derecho positivo.

Ahora bien: parece que todo el mundo debía considerar como puramente científico el procedimiento que acabamos de describir, y, sin embargo, no es así: nuestro autor, en los textos citados, no prodiga el nombre de ciencia á tan insignificante actividad, reservándolo para un conocimiento *a priori*. Parece imposible que precisamente un hombre de experiencia, un hombre de negocios, pueda tener semejante opinión acerca del derecho efectivo y práctico de un pueblo; bien es verdad que en el fondo no parece que discurra tan mal. En efecto: en uno de los anteriores pasajes, que trata de las fuentes de conocimiento del legislador (el cual debe estar por lo menos á la misma

altura que los jurisconsultos), se habla muy poco al principio (pág. 27) y por escrúpulo del derecho de la sana razón humana; pero después (págs. 57 y siguientes) se confiesa que este derecho no nos saca del apuro, y que sólo una triple experiencia puede darnos una base sólida; pero en esta triple experiencia se confunden de una manera atropellada y extravagante toda clase de observaciones de la vida (muy estimables por cierto, mas no científicas de por sí) con aquello que tiene realmente naturaleza científica, lo cual, sin embargo, no se considera de ningún modo como ciencia en esta enumeración y recuento de fuentes, sino como cualquier otro trabajo preliminar completamente material.

En tales circunstancias, resulta difícil de comprender que nuestro autor admita el conocimiento *a priori* como el único aceptable en la jurisprudencia, y al mismo tiempo como aquello por lo cual la nueva escuela habría de sentirse humillada ante los grandes hombres tantas veces citados (pág. 269). Pero afortunadamente nos permite ver en dos ejemplos qué es lo que para él constituye el método científico. En primer término, en las páginas 145 y 146 había dicho yo que el Código austriaco acepta un *usufructus* y un *usus* enteramente al modo como se encuentran en nuestros compendios de fuentes del Derecho romano mal interpretadas, guiándose en absoluto por esta errónea inteligencia. Nuestro autor niega lo último di-

ciendo: «El derecho de obtener utilidades de una cosa ajena, puede ser ilimitado ó limitado á las necesidades del que lo disfruta; estas dos formas las encuentra el legislador por medio de las ideas, y sin necesitar para nada del procedimiento histórico, designándolas después con nombres preestablecidos,» etc., etc. En el mismo sentido pudiera decirse que las Tablas de Comentarios á la *Instituta* de Höpfner se han construído manifiesta y puramente *a priori*. El segundo ejemplo, en cuanto al procedimiento científico en el manejo de materias históricas, nos lo ofrece el autor mucho más adelante (pág. 159; véase también pág. 164). «La idea de una legislación uniforme, como sabiamente nota Montesquieu, se apodera á veces de los grandes hombres, aturdiendo infaliblemente á los pequeños, y así...» Montesquieu dice: «*Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (car elles ont touché Charlemagne) mais qui frappent infailliblement les petits. Ils y trouvent un genre de perfection qu'ils reconnaissent parce qu'il est impossible de ne le pas decouvrir: les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'Etat.*» Dada la interpretación de nuestro autor, resulta completamente claro su método científico: parte del conocimiento *a priori* de que la uniformidad es excelente, y refiere el dato positivo (el pasaje de Montesquieu) á aquel conocimiento, procediendo en esto con tanta perspica-

cia, como la que demuestra, por ejemplo, en el Derecho romano, y según los mismos principios de que se confiesa partidario en cuanto al modo de manejarlo (1). En su feliz inocencia califica de sabio el pasaje en que se zahiere su propia tontería y besa agradecido la mano que lo azota.

En el capítulo séptimo defiende contra mis ataques á los Códigos modernos.

En cuanto al Código francés (págs. 61-65), comencé citando los hechos de los cuales se deduce la gran ignorancia de sus autores.

Nuestro autor no dice nada respecto de estos hechos; pero, en cambio, en otro pasaje (pág. 262) enaltece la extraordinaria profundidad de los abogados franceses, y la circunstancia de que el Código mismo produzca jueces tan ilustrados. Y es que sin duda el grado de conocimiento que aquellos hechos revelan, le ha parecido muy notable y honroso. Volviendo al Código, escogí para muestra algunas teorías que tienen

(1) «Debe el intérprete comenzar con una exposición de aquello que sea de justicia respecto del objeto del fragmento, y reconstituir en éste de la mejor manera posible, según la intención que presupone en el legislador (en el caso presente Montesquieu), aquel derecho inmutable; no interpretar el fragmento según el punto de vista individual é inescrutable del autor.» Queda la duda de si el autor desearía que se prescribiese también este método á los jueces que tuviesen que aplicar un Código formado por él.

por objeto nada menos que el bienestar y la tranquilidad de las familias todas. Los puntos capitales de estas teorías quedaron completamente indeterminados en el Código; es más: Cambaceres, Tronchet, Simeón, Portalis y Maleville emitieron las más diversas opiniones acerca del punto de vista exacto; se discutió mucho en todas partes; sobrevino el cansancio, y todo quedó al fin en la misma incertidumbre. Cualquiera echa de ver que con tan varias y contrapuestas opiniones, la inseguridad jurídica debía llegar á su más alto grado, y que todas las controversias usuales y corrientes entre los jurisconsultos, v. gr., las que sostenemos sobre Derecho romano, no pueden de ningún modo compararse con un caso de tal naturaleza. Cité precisamente estos ejemplos, para deducir de aquel infructuoso discursear y de la frívola tranquilidad con que en el fondo se tomaba la cuestión, que no existía entonces en París vocación especial para legislar, acerca de la cual nada significa naturalmente el número de los ejemplos escogidos. En sí mismos, los errores del Código que hubiésemos querido ver combatidos y refutados no preocupaban á nadie. Ahora bien: ¿qué dice á esto nuestro autor? Respecto de los casos en que hemos notado la existencia de un mal de carácter práctico, acepta confiadamente una de entre las opiniones menos extravagantes; no dice ni una palabra acerca de la irresolución de los franceses, y hace ver, en fin, que el Código tiene razón; que mi parecer

en contrario es falso; que no he emitido ninguna opinión sobre aquellas cuestiones, sino que me he contentado con decir que los legisladores de París no sabían ellos mismos lo que querían. Y así concluye (pág. 185), *quasi re bene gesta*, con el siguiente resultado: «Su crítica, ó es inmotivada, ó es un juego infantil de sutilezas y pedanterías de escuela,» siempre en la seguridad de que el lector no habrá de confrontar aquello que él asegura haber refutado. Corona su obra con el siguiente pasaje:

Savigny, págs. 70 y 71.

«De ambos textos (artículos 191 y 193) deduce Maleville la consecuencia siguiente: «El matrimonio *peut être attaqué*,» esto es, que se puede litigar para obtener la nulidad, que la ley no prohibe el ejercicio de la acción; pero que es asunto del Juez obrar como le parezca, ó en otros términos, que la anulación del matrimonio depende del arbitrio del Juez... Difícilmente se

Gönner, págs. 172 y 173.

«Ahora bien: lo que Herr. v. Savigny aduce contra la tesis de Maleville, *«le mariage peut être attaqué,»* que ha encontrado también en el mismo Código (art. 184), traspasa todo límite. Explica dicho pasaje del siguiente modo: que la ley no prohibe el ejercicio de la acción; pero que el Juez puede á su antojo hacer lo que mejor le parezca. ¿No podía siquiera Herr. v.

presentará otro caso en que el arbitrio judicial sea más inoportuno que en éste.»

Savigny interpretar las palabras *peti potest*, que con tanta frecuencia aparecen en las Pandectas, al modo como si en efecto se pudiese pedir algo, decidiendo, sin embargo, y según su arbitrio, el Juez? Efugios tales están por bajo de la dignidad de un crítico de Códigos.»

Cualquiera creería ante el enojo del autor que he violentado el sentido de la palabreja *peut*, y que he dado al texto de Maleville una significación maliciosa en que éste no pensó. He aquí dicho texto (tomo I, pág. 206): «*Celui ci* (art. 191) *dit seulement que, dans les cas supposés, le mariage peut être attaqué*, etc. *Il peut donc être ou n'étre pas declaré nul: cela depend des circonstances, de la bonne foi des parties, du temps que le mariage aurá duré, de la possesion d'etat, c'est a la prudence des Juges que la decision du tout est laissée. Ceci nous prouvé que dans le Code il faut s'attacher scrupuleusement aux expressions de chaque article.*» Vemos, pues, que Maleville dice textualmente lo mismo que yo he dicho al referir su opinión, y esto motiva el que preguntemos si es posible afirmar lo que no es con mayor descaro que

lo hace nuestro autor. Es también muy notable que éste trate en algunas ocasiones (págs. 170-172) con soberano desdén los comentarios de Maleville, y ruego al lector tenga presente en este punto que dichos comentarios constituyen el único trabajo sobre el Código procedente de uno de los cuatro redactores del mismo. Si en lo sucesivo concluyese nuestro autor su Código para el Reino de Baviera, y lo explicase con comentarios de su propia mano, creo que consideraría muy poco discreto el que se reputasen tales comentarios un medio de ningún valor para la inteligencia del Código.

Con respecto al Código austriaco, procuré demostrar (págs. 100-106) que muchas de sus disposiciones habían nacido de ceñirse demasiado estrictamente sus autores al Derecho romano, erróneamente interpretado. Nuestro autor se maravilla (pág. 145) de que yo censuro estas disposiciones á causa de su desviación del Derecho romano (es decir, precisamente lo contrario de lo que yo afirmé), y asegura (pág. 184) que no es posible corregirlas según el Derecho romano y que no han nacido de los conceptos romanos, sino «mediante el entendimiento» (es decir, lo que él considera *a priori*). He aquí, sin embargo, el modo de poner la cuestión. En los libros y enseñanza del Derecho romano, usuales hasta el presente, han venido dominando ciertas interpretaciones erróneas; los textos aludidos del Código austriaco coinciden por completo

con ellas, y es notorio, en fin, que pertenecen á la antigua escuela los autores del Código, el cual, por tanto, ha debido formarse bajo el influjo de los libros y enseñanza citados. Y pregunto yo ahora: ¿qué es más natural admitir, que los textos del Código hayan nacido de aquellas interpretaciones erróneas, ó por el contrario, que tales errores se habían olvidado por completo al formar el Código, inventándose entonces de nuevo y *a priori* el contenido del mismo, como en virtud de una armonía preestablecida?

En relación con ambos Códigos francés y austriaco, hice notar (págs. 73 107) que la atenta consideración de aquello que ha de responder *in subsidium*, en el caso de carencia intencional de bienes materiales, es de doble importancia, porque en realidad (como los mismos legisladores franceses reconocen) los principales casos jurídicos no han de decidirse por el Código, sino por aquel suplemento desconocido del mismo, cuya preparación y establecimiento merecen por esto nuestra principal atención. El autor (páginas 173-184) no tiene realmente nada que oponer á esta importancia práctica; pero dice: «Me cuesta trabajo comprender cómo Herr. v. Savigny desciende á la pequeñez de un derecho subsidiario.» Esto, según el autor, no toca al Código, sino á la doctrina, y la sana razón humana, el espíritu de la ley, el derecho racional, la autoridad doctrinal, etc., proveerán á ello con facilidad: así, con dos palabras huecas se desliza

airosamente sobre esta cuestión, cuyo examen irreflexivo produce como consecuencia el más alto grado de arbitrariedad é inseguridad jurídicas, mucho más cuando se está formando un nuevo Código, pues éste debe, con respecto á todo aquello que el uso y la enseñanza suplieron y fijaron, ó destruirlo de una vez para siempre, ó darle verdadera estabilidad.

En el mismo capítulo merecen también fijar nuestra atención los pasajes que siguen. En la pág. 157 se pretende que el Código francés «se emancipe del nombre que lleva á la fuerza,» y se añade: «Tenemos que perdonarle (al *Code*), en primer término, que lleve el nombre de una persona que tanto daño hizo en el mundo.» Leo después un largo artículo del mismo autor que así se expresa, cuyo título es: *Influjo personal de Napoleón en el Código civil francés* (1), y que comienza del siguiente modo: «Chabot motivaba la proposición de que se llamase al Código civil *Code Napoleón* en su memorable discurso de 3 de Septiembre de 1807, haciendo notar que las compilaciones de las leyes romanas no merecían llevar el nombre de Justiniano..... pero que, en cambio, Napoleón había tomado una parte muy grande é inmedia-

(1) Gönners, *Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums* (Archivo para la Legislación y Reforma de los estudios jurídicos), tomo II, cuadernos 1.°, 2.°, 3.° (1808-1809), núms. 3, 8, 27.

ta en el nuevo Código civil francés, el cual, por tanto, merece llevar su nombre. Muchos no han visto en esto otra cosa que la adulación que de ordinario se ofrece en holocausto á príncipes y poderosos. *Nunca, sin embargo, estuvieron más lejos de la lisonja los oradores franceses que Chabot en este pasaje.*» Ahora bien: después de notar que Napoleón ha promovido y logrado la formación del Código, que ha dirigido las deliberaciones y «conducido á feliz término con su infatigable actividad la gran obra,» prosigue el autor: «..... y no quiero ocuparme de aquellas discusiones sobre determinadas materias, en que Napoleón manifiesta del modo más claro su genio creador y comprensivo. ¡Cómo no había de acogerse con gusto el hecho de que transcendiesen á la legislación civil las geniales opiniones de un hombre que ha obtenido el primer lugar en la Historia universal como genio político y militar!» Por último (páginas 434 y 435), dice para concluir: «Si examinamos atentamente todo cuanto en nuestro siglo ha producido la palabra de aquel gran hombre, nos sentiremos transportados de asombro ante lo profundo de su mirada contemplando la vida..... y ante la nobleza con que sufrió aun las más amargas contrariedades. Sin poderlo remediar exclamamos: ¡También como legislador es grande Napoleón!» Si esto era verdad en 1808 y 1809, ¿por qué no lo es en 1815? ¿Qué debemos pensar de la honradez de un hombre que hoy

dice una cosa y mañana la contraria, según el viento que reina?

El capítulo noveno describe la manera puramente científica de tratar el Derecho romano allí donde se ha introducido un nuevo Código. Este plan es único en su género, y un libro de Derecho romano compuesto por nuestro autor, según ese método, sería una de las publicaciones más divertidas. «La aplicación consecuente de la tesis *nemo potest pro parte testatus decedere*—dice el autor (pág. 256),—nos enseñará los inconvenientes de un falso enunciado, y los métodos por los cuales puede aplicarse lo falso con lógicas consecuencias; quedaremos sorprendidos al averiguar cómo los romanos llegaron á la particularidad de limitar los efectos de la posesión á la usucapión y los interdictos,» etc., etc. No me cabe duda de que si nuestro autor cultiva alguna vez la Historia universal, mostrará á los jóvenes, con motivo de la historia de César, á qué extremos conduce el dejarse deslumbrar por la ambición, en vez de detenerse con prudencia en la carrera de la vida. «¡Cuán distinta es—prosigue el autor—la dirección de nuestros estudios eruditos *(sic)* de aquella otra dominante hasta hoy, según la cual debíamos verificarlos como tratando del Derecho vigente y para su inmediata aplicación á la vida! El nuevo Código establece los tres grados de culpa que el Derecho civil regula y determina con claridad la preferencia del Fisco, razón por la cual dispensaríamos de

buena gana á Herr. v. Savigny su sólido estudio histórico de las controversias sobre los grados de la culpa y el mencionado privilegio fiscal.» Pero si es el estudio inmediato y necesario del Código lo que ha de determinar qué materias son dignas de estudiarse, no habrá ya ningún fragmento del Derecho romano que merezca ser conocido; y por otra parte, ¿qué tiene de común aquella necesidad con los «estudios eruditos» ó con el examen del Derecho romano como literatura jurídica clásica? (pág. 254). Para ser consecuente con su punto de vista, que los textos transcritos confirman, debiera nuestro autor prescindir por completo del Derecho romano como resto de la antigua barbarie; y si no lo ha hecho, ha sido sin duda únicamente porque una confesión pública de su verdadero parecer hubiera vuelto contra él una parte considerable de la opinión general, no sólo de los eruditos no juristas, sino también de los mismos juristas prácticos y no eruditos. Después de lo dicho, se comprenderá perfectamente por qué no aparece en el plan de estudios de nuestro autor ni una sola palabra acerca del primitivo Derecho germano.

En el capítulo décimo se afirman cosas estupendas con una serenidad y un desahogo que no tienen igual. La asistencia á las Universidades extranjeras no debe ser libre, pues el estudio científico del Derecho ha de ir ligado al del Derecho patrio (pág. 271). Sin embargo, el Estado prusiano, que tiene un Código pro-

pio, permite á cada cual que estudie donde mejor le parezca, y todo marcha perfectamente con este sistema de libertad. Esto es experiencia, y debiera, por tanto, significar para nuestro autor, que precisamente tiene siempre en los labios la vida y la experiencia, mucho más que todo lo que su mente pudiera haber imaginado. Tampoco cree que deban servir las Universidades para la formación general de los jóvenes, sino que (pág. 270), «después de terminados sus estudios, aquéllos que aspiren á las alturas, deben viajar y aprender á conocer el mundo por algo más que los libros y la escuela.» Todos sabemos que estos viajes sólo pueden permitírselos los ricos, así como también que son rara vez tan educativos como la visita en Alemania de las diversas Universidades: un viaje sin un fin exterior determinado, son los menos los que saben aprovecharlo. Finalmente, según la pág. 272, deben abolirse las Universidades actuales, estableciendo en su lugar Escuelas especiales de Teología, Jurisprudencia y Medicina, y todo aquél que se distinga en éstas deberá completar su educación superior en un gran Instituto (Universidad). El autor no dice de dónde habrían de venir á esta institución los grandes maestros que pide en la pág. 265. Especialmente la Jurisprudencia, aún más que la Teología y la Medicina, degeneraría con ésta su separación del todo de la instrucción científica en un oficio vulgar; y se equivoca mucho quien crea que las Escuelas de Derecho de

Francia, siendo tan malas como son, pueden darnos una idea del escaso valor que en lo futuro tendrían las alemanas. Los franceses pueden mantenerse con más facilidad que nosotros en una cierta mediocridad pasable; pero los alemanes, si se contrariase su natural tendencia al libre desenvolvimiento del espíritu por medio de instituciones perniciosas, caerían pronto muy por bajo de aquel estado intermedio.

Como se ve, los proyectos del autor contienen, sucintamente compendiado, todo lo que de malo en este orden ha hecho Napoleón en Francia, y han perfeccionado y recomendado fuera de Francia sus admiradores; siendo muy notable por cierto que un reino francés, el de Westphalia, se haya visto libre, por la timidez de algunos delegados ante la opinión pública, de aquellas mismas detestables cosas, á las cuales precisamente un alemán incita sin rebozo á los Gobiernos alemanes.

Aún falta algo en el excelente sistema del autor; pero este algo aparece con tanta claridad en la mayoría de los pasajes, y está tan en armonía con las medidas justinianeas (págs. 87, 186, 202, 237 y 266), que podemos concebir esperanzas de que en lo sucesivo se llenará esta laguna. El Código, realmente, hace feliz al pueblo y viene de arriba, de suerte que el bien del Estado y la autoridad del Gobierno exigen de consuno que no se rebaje: se prohibe, por tanto, toda clase de crítica sobre el mismo, excepto aquélla en que

se lo alabe. De este modo la ciencia aspirará cada vez con mayor uniformidad al mismo fin, y lo que se hable y escriba se parecerá más cada vez á aquellos correctos discursos de grave contenido que se pronunciaron sobre el Código francés durante el Tribunado, y que nuestro autor admira, naturalmente, como obras maestras. En este ejemplo precisamente se ve muy claro lo que decíamos antes acerca de la antítesis entre el despotismo y la libertad. Las cosas que atañen al desenvolvimiento del espíritu humano, sólo pueden prosperar en un régimen de completa libertad, y todo lo que contraríe esta libertad es despótico é injusto: podrá tal vez halagar á un Gobierno ensoberbecido por la arbitrariedad del poder; pero el desquite que sigue es muy grave, pues consiste en el amortiguamiento de la potencia espiritual del pueblo, de la cual, en último extremo, depende también la robustez del Gobierno. Así, en Alemania, por efecto de una necesidad interna, se han considerado las Universidades como un bien común, y la libre competencia entre las mismas ha producido grandes beneficios para la enseñanza y la literatura: puede un Gobierno destruir estas instituciones que tienen verdadera vida por responder, como hemos dicho, á una necesidad interna; pero no está en su poder el dar vigor á aquello que en el lugar de las mismas establezca. Es lo cierto, sin embargo, que se odia este bien nacional y común de las Universidades; se teme, ó se aparenta temer,

que se debilite el amor á la patria regional. Está bien: la experiencia decidirá sin duda en la cuestión mejor que todos los razonamientos. El Estado prusiano no limita de ningún modo la libertad, y ¿dónde está—preguntamos—el Estado que pueda gloriarse de sentir un patriotismo más ardiente que el que Prusia ha demostrado en todas las ocasiones?

El capítulo undécimo contiene aquello que realmente constituye la proposición del autor. Yo impugné lo que Thibaut pretendía por razones de carácter intrínseco; que aparte de esto, y en cuanto al fin político exterior, la unidad de la nación alemana, estábamos conformes ambos. Thibaut quería llegar á esta unidad mediante un Código general, y yo aspiraba á promoverla por medio de estudios comunes. Nuestro autor se propone precisamente lo contrario. Cada uno de los grandes Estados alemanes (los pequeños (pág. 283) ya se mediatizarán en este respecto espontáneamente) deben formar un Código peculiar suyo. «No es compatible—dice el autor (pág. 275)—con el espíritu de una confederación formada de Estados, cada uno de los cuales es independiente de por sí, el que éstos se rijan por un Código que proceda de la confederación misma como de una potestad superior. En la esencia de dicha unión... está ya la prueba de que la confederación no puede tener jurídicamente un Código federal común.» Pero ¿por qué no es posible nada general? ¿Por qué no ha de poder cada uno de los Es-

tados, sin comprometer por ello su independencia, ó bien aceptar un Código ya existente, por ejemplo (como Schmidt propone) el austriaco, ó bien formar por medio de una Comisión común un Código que regiría en todos los Estados y que sería al mismo tiempo el peculiar de cada uno? ¿Es que tampoco es compatible esta comunidad con el espíritu de una confederación? La del Rhin merecía ciertamente llamarse confederación, y, sin embargo, ¿no era por ventura nuestro mismo autor quien entonces ponía tanto empeño (1)

(1) Gönner, *Archiv für die Gesetzgebung*, tomo I, volúmenes 2.° y 3.°, núms. 13 y 19; por ejemplo, pág. 512: «Estoy completamente de acuerdo con Seidenstickern, cuando se muestra partidario de que se acepte tal como está y sin variarlo ni rehacerlo el *Code Napoleon*, una vez reconocida la necesidad de acomodar al mismo el Derecho civil de un Estado alemán cualquiera.

»Y puesto que son muchos los Estados en que se ensalza la máxima de que debe aceptarse el *Code Napoleon* como base para un nuevo Código civil reconstruyéndolo en distinta forma y promulgándolo como Código patrio, está aquí muy en su lugar que nos ocupemos de dicha máxima.

»1)—Esta máxima conduce á un aislamiento manifiesto, y anula el fin mismo de la aceptación, que consiste, claro es, en que aquellos Estados que constituyan el nuevo sistema federativo, tengan también en materia de legislación toda la uniformidad posible, procurando con ella al sistema mismo la mayor solidez. Este fin no se consigue si cada Estado tiene su propio Código reelaborado libremente y según distintos puntos de vista: ¿quién creería

en la aceptación uniforme y sin variaciones del *Code Napoleon* por parte de los Estados confederados, y quien declaraba que la comunidad de Derecho era muy de desear (1) por consideraciones científicas y

en la existencia de un solo Código si lo oyese llamar en Westphalia *Codicem Westphalicum*, en Baden *Badensem*, en Hesse *Hassiacum*, en Baviera *Bavaricum*, etc., y si con respecto á cada artículo le fuese preciso considerar el modo como en cada país se ha reconstruído ó variado el Código de Napoleón?

»2)—No hay para qué decir si un Napoleón, que unió su nombre al Código civil francés; que con su nombre como *Code Napoleon* lo introdujo en Nápoles, Italia, Westphalia, Varsovia, etc., que realizó esta introducción por medio de los decretos más solemnes, aquellos mismos decretos en que disponía de los territorios y de los tronos; no hay para qué decir, repetimos, si podía ó no mirar con indiferencia la manera como los Estados de la confederación del Rhin, de la cual era protector, aceptaran su Código, el que lo recibieran ó no con su propio nombre y con ó sin reelaboración y variaciones. Pero esto no es más que un punto accesorio meramente político, que no influye en la cuestión principal, y que, por tanto, tampoco quiero aducir aquí como argumento (página 190). No es ya el *Code Nopoleon* únicamente el Código civil de Francia; rige en Nápoles y en la Italia de allende los Alpes... Cerca de cien millones de hombres viven según sus preceptos: ¿por qué, pues, ha de atormentarnos la inquietud de que los diez millones restantes no sean dichosos sometidos á él?»

(1) Gönner, ob. y loc. cit., pág. 191.

comerciales, é imposible, por razones que subsisten hoy día, una reforma alemana de la legislación civil? (1). ¿Por qué se da aquí de nuevo el caso de ser verdad hoy lo que ayer fué mentira? De modo que los Códigos regionales fueron imposibles, cuando por estar lejos de la tiranía extranjera pudo trabajarse con facilidad en su formación, y son posibles hoy, es decir, precisamente cuando parecen ser un medio de contrarrestar la íntima unión de los alemanes. ¡Y todas estas pruebas de absoluta indiferencia, á un tiempo para la verdad y para la patria, se dan aquí con gran despreocupación y sin el menor asomo de timidez ó de vergüenza!

(1) Gönner, ob. y loc., cit., págs. 185-189: «Quiero exponer con franqueza las razones por las cuales considero imposible una reforma alemana de la legislación civil. La primera razón es la de carácter más elevado, y consiste en el espíritu predominantemente reflexivo propio de los alemanes... La segunda, en nuestro deseo inmoderado de alcanzar la perfección... La tercera, en la rivalidad de los mismos Gobiernos, residuo recién restaurado del antiguo Imperio alemán. Cada Estado quiere ser original y poseer su Código propio; ninguno quiere imitar á los demás, y todos quieren sobrepujarse mutuamente. Pero no se crea que los guía una noble emulación; las cosas toman en la realidad un giro inesperado. Apenas se forma en cualquiera de los Estados conferados un Código excelente y que parece imposible superar, cuando al momento se procura descubrir defectos en él: se dice que no se ha conseguido nada y se quedan las cosas así...»

Entre tanto, y puesto que existen todavía hombres extravagantes que sueñan con una Nación alemana, los satisface el autor (págs. 275 y 276), otorgando á su superstición inmerecida indulgencia, con un par de palabras inocentes, á saber: que así (1) se produciría una uniformidad material en la legislación, que las disposiciones capitales serían las mismas y que la nacionalidad de nuestro Derecho perdería tan poco por algunas pequeñas desviaciones, como pierde la nacionalidad de nuestro idioma por los distintos dialectos. Pero ¿de dónde sabe el autor que las cosas han de pasar cómo él cree? Los Códigos pueden también resultar diferentes en extremo, y creo desde luego que esta diversidad es lo más verosímil. Al autor le pareció cómico que yo aceptase la semejanza de formación y carácter literario entre los jurisconsultos romanos; entiendo, sin embargo, que los hombres de negocios de Viena y Stuttgard, de Munich y Hannover son mucho más heterogéneos que lo eran Paulo y Ulpiano. Y no decimos nada de la inequívoca tendencia que en los Gobiernos alemanes existe hacia la separación, sin duda por creer que de este modo se evitará hasta la sombra de dependencia. Hagamos presente además que, según nuestro autor, el Código es el propio fundamento de todo estudio científico del Derecho, y resultará, como consecuencia inevitable de su proposi-

(1) Es decir, con varios Códigos.—(*N. del T.*)

ción, aquello que constituye su intento decidido y manifiesto, á saber: que desaparezca toda comunidad entre los alemanes, tanto en el Derecho como en los estudios jurídicos. Desde luego esta tendencia no podrá menos de ser muy dolorosa para el patriotismo de todo aquél que sienta amor por la Nación alemana; pero es que, además de esto, es perniciosa para el Derecho de cada uno de los Estados particulares. El Derecho tiene su fundamento en la vida espiritual del pueblo, de suerte que toma su fuerza vital de las mismas raíces que cualquier otro género de actividad anímica y de cultura. Puesto que Dios ha dispuesto, por lamentable que sea, que no existan lengua y literatura de Hannover, Nassau, Isemburgo, etc., sino lengua y literatura alemanas, cada grupo nacional perdería visiblemente en su potencia y desarrollo intelectuales en la medida en que se sustrajese al comercio espiritual con la Nación alemana. Con el Derecho como con cualquiera otra ciencia sucede enteramente lo mismo, y parecía natural que pudiesen comprender esto aun aquéllos que, como nuestro autor, derivan por completo el Derecho del arbitrio del poder legislativo. Seguramente que el autor que trabaja en cuestiones de legislación sabe muy bien que de su talento y cultura y de los de sus colegas, depende el éxito de toda la empresa. Cuanto más regional sea en lo futuro la educación general que se dé á Consejeros legislativos, Jueces y Profesores de Derecho, tanto

más limitados é insignificantes serán infaliblemente, y con ellos el Derecho mismo en los varios respectos en que se les confía su conservación y perfeccionamiento.

La forma en que el autor pretende que su proposición se lleve á la práctica, resulta bastante graciosa. Cuatro redactores forman el proyecto en el espacio de un año, y después lo examina una Comisión compuesta de ocho miembros de los distintos Ministerios con su Presidente. No hay para qué ocuparse de la notificación al público, ni siquiera de la comunicación á los Tribunales. El éxito, pues, depende en absoluto de la elección algo peligrosa de los Comisarios, y puede suceder muy bien que el trabajo resulte desacertado por completo, cuando tal vez en el Estado mismo de que se trate, ó por lo menos dentro de la Nación (1), existen fuerzas con cuyo concurso hubiera podido obviarse el mal. La formación del Código según el sistema del autor, resulta sin comparación más misteriosa é insegura y requiriendo menos la confianza pública que la del Código Napoleón. ¿Es que merecen los alemanes ser tratados de peor manera que lo fue-

(1) Esto último puede ciertamente parecer delicado. El autor (págs. 178 y 179) dice: «Un Estado de la extensión del austriaco... tiene en sí las fuerzas suficientes y no necesita pedir buenos consejos al extranjero.» Como se ve, el autor trata de favorecer en todos los órdenes la fabricación regional.

ron los franceses en una época en que el despotismo contaba con bastantes fuerzas?

Al terminar nuestra crítica, debemos hacer mención de un argumento que se aduce en muchos pasa jes de la obra examinada, para demostrar lo intolerable que hasta el presente ha sido el estado jurídico de Alemania, á saber: la inseguridad jurídica, que á su vez tiene dos causas.

Es la primera de ellas el exceso de controversias (págs. 119, 215 y 216). Que no resulta inseguro prácticamente, por efecto de la controversia, todo aquello sobre lo cual se ha discutido alguna vez, y que entre nosotros desde muy antiguo, en la mayoría de los casos de esta naturaleza ha sido siempre una la opinión que se ha considerado como fundamental, lo sabe muy bien toda persona que conoce el Derecho práctico: yo, v. gr., he aprendido por experiencia en el despacho de los asuntos judiciales, donde el daño debía resultar más sensible, que se da muy raras veces el caso de que se reforme un juicio precisamente á causa de una controversia. Ahora bien: habrá seguramente quien piense que el daño, por pequeño que sea, debiera impedirse mediante un Código nuevo. El autor calla con deslealtad que al Código francés, á pesar de ser tan reciente su formación, le acompaña ya un número considerable de controversias que en parte son mucho más comprensivas y de mayor importancia que las que versan sobre nuestro Derecho común: así, pues

(cosa que raya en lo increíble), con el Código mismo han nacido ya muchas y muy importantes discusiones, y de ellas he citado en mi folleto (pág. 400) algunos ejemplos muy llamativos. ¡Cuánto, pues, no podemos esperar de lo futuro! El autor se consuela sin duda con el convencimiento de que á los Códigos que en adelante sè formen no seguirán ya controversias; pero ¿con qué derecho? Él mismo estima al *Code* muy excelente y bienhechor (antes para toda Alemania, ahora para Francia por lo menos); se maravilla ante su solidez y ante el cuidado que ha presidido á su formación, y considera que en realidad es mucho más importante que el Código propuesto por él. ¿Qué derecho tiene, pues, para sustentar aquellas esperanzas?

La segunda clase de inseguridad jurídica que apesadumbra al autor más aún que la motivada por las controversias, consiste en que, estando hoy de moda las cuestiones jurídicas, dominan por doquier las quimeras y opiniones de los jurisconsultos y las versátiles invenciones de reformadores sin vocación, y así el Derecho se parece á una débil caña que se mueve á uno ú otro lado á merced del viento que la agita (páginas 47, 55, 119, 205, 217 y 227). No faltará quien vea en esto una exageración maliciosa; yo soy de distinto parecer, y considero estos pasajes como los más sinceros de toda la obra. La cosa tiene la siguiente explicación:

El autor era, como todos saben, un antiguo jurista

erudito y había explicado Derecho romano por espacio de seis años (pág. 18). Cuando en los tiempos modernos volvió á dominar un sentido más serio y más profundo en algunos jurisconsultos que, muy lejos de atribuirse una ciencia nueva y desconocida hasta entonces, pretendían tan sólo no quedarse atrás en perfección respecto de las anteriores edades, la cosa en sus comienzos pudo mirarse con tranquilidad y como si se tratase de un inocente juego literario; pero tan luego como la investigación llegó á las enseñanzas prácticas donde no era posible ignorarla por más tiempo, revistió la cuestión distintos caracteres. Nuestro autor está realmente convencido de que toda su ciencia acerca de los fragmentos que se conservan del Derecho romano, no se apoyaba en razones distintas de las que habían de producir su actual irresolución, á saber: que todo descansaba en cosas que había aprendido de oídas, y en la concordancia de un par de compendios modernos. ¿Quién saldría garante, al ver que hoy impugna los grados de la culpa, de que mañana no quiera demostrar cualquier otra cosa, por ejemplo, que los hermanos sucedían antes que los descendientes, ó que en un testamento se requerían precisamente doce testigos? Se produjo en su espíritu un sentimiento de incertidumbre semejante al de aquél que tropieza en la obscuridad y teme dar con esquinas por todas partes. Por eso encontró fastidioso el Derecho romano, y más fastidiosas aún las investigaciones

modernas sobre el mismo: mi libro acerca de la posesión y la teoría de Löhr sobre la culpa, excitaban principalmente su antipatía, que se manifiesta de nuevo en esta obra.

Vista, por tanto, la cuestión tal como es en realidad, no es posible que despierte ninguna clase de temor. Lo que en la nueva investigación debe reconocerse como verdadero, depende, en efecto, de algo más que el accidente y la moda; y la proporción de aquello que en las opiniones dominantes hasta ahora puede rechazar la nueva investigación, no sólo por no estar acaso sólidamente fundado ni rigurosamente enlazado, sino también por ser falso en sus resultados prácticos, es en verdad muy limitada. Ahora bien: aun en el supuesto de que exista realmente, como, por ejemplo, podría suceder en relación con la culpa, alguna cosa de carácter general que se considere ahora de otro modo que anteriormente, ¿autoriza esto á describir como inseguro el estado del Derecho en general? Se trata de algo puramente particular y que ha sido examinado con tanta madurez y en forma y sazón tales, que existiendo perspicacia y cordura puede intentarse sin peligro alguno cualquiera modificación práctica; por otra parte, este caso se presenta muy de tarde en tarde, pues siempre transcurre un largo espacio de tiempo antes de que se acepte en teoría con carácter de generalidad una opinión nueva, y mucho más largo aún antes de que encuentre acogida en la

práctica. Por el contrario, lo que en realidad da al traste con los más sólidos fundamentos del Derecho, es legislar por capricho. Cualquiera echa de ver desde luego que, con la introducción de un Código nuevo, se desgarran en la teoría y en la práctica todos los hilos de la tradición, infinitamente mayores en número que los que pueden anudarse en el más completo de los Códigos. Y no parece que esto lo desconozca en absoluto nuestro autor, cuando en las págs 242 y siguientes prescribe para dicho estado morboso una ingeniosa dieta, á la cual habrá de seguir la edad de oro. Es, sin embargo, una ilusión incomprensible el creer que así ya está todo resuelto. Apenas se ha dictado el *Codex*, cuando sin hacerse esperar aparece un número considerable de novelas, y así lo prueba la experiencia de todos los tiempos: la razón de este hecho consiste en parte en las necesidades reales que no han sido comprendidas al verificarse la formación del Código, y en parte en el hábito y aun el capricho de legislar que nace de nuevo. La cosa queda aquí sólo en el supuesto más favorable, porque ¿quién asegurará que en un cambio próximo de Soberanos ó de Ministros no se sustituya un primer Código con otro diferente por completo, si existe la convicción de que el último es mucho más racional? La garantía más segura de lo contrario está en la natural pereza del hombre; pero tampoco podemos construir nada sólido con esta base, sobre todo tratándose del sistema

propuesto por el autor, pues las intrigas y misterios corrientes en una formación de tal género hacen muy fácil que en lo futuro, por razones de carácter exclusivamente personal, el Código encuentre enemigos y sea derribado. Este peligro es mayor en nuestro tiempo, pues en él, por un lado, se conmueve y vacila casi todo lo existente, y por otro, la ejecución de los trabajos legislativos ha ganado tanto en facilidad mecánica cuanto ha perdido en solidez y calidad. El autor actual de un Código necesita estar realmente muy desvanecido en el sentimiento de su propia grandeza é insuperable excelencia, para poder engañarse acerca del peligro de inmediata caducidad que amenaza su obra.

Nuestro autor puede en verdad estar muy tranquilo en cuanto á este peligro: el Código, según su parecer, ha de inspirarse en la razón y en la experiencia. ¡Cómo, por tanto, podría ocurrírsele á nadie en lo futuro ni desconocerlo ni rechazarlo! Bien se ve que el punto alrededor del cual gira toda su oposición, está realmente en el empeño que yo he manifestado en mi folleto, tanto en relación con los individuos como respecto de la edad toda, de que nos apliquemos el sentido histórico, esto es, que elevándonos sobre nuestra individualidad, nos consideremos como viviendo en la historia, existiendo bajo las varias influencias del pasado y del presente, y desapareciendo en lo futuro según las mismas leyes, á la manera como retrospecti-

vamente podemos contemplar cuál se desliza todo el pasado. El autor tiene un sentido muy justo acerca de la importancia de este punto, al acoger (págs. 144 y 231) aquélla mi pretensión con un temor particular y al calificarla de regla monástica, lo cual en sus labios quiere decir una infinidad de cosas y es por completo intraducible. Él mismo vive en realidad en la inocente creencia de que su punto de vista es la concepción absoluta del mundo. Si alguna vez con penetración más viva se diese cuenta de que él mismo con todo lo que piensa y escribe, é ignora, en la Historia vive y no es más que un hecho histórico dependiente de las influencias que antes notamos, su asombro se parecería al célebre asombro de *Monsieur Jourdain* cuando, viejo ya, se apercibió de que toda su vida había hablado en prosa.

III [1]

SOBRE

EL

ESTUDIO HISTÓRICO DEL DERECHO ALEMÁN

por Eichorn.

Dos son los elementos fundamentales de nuestro Derecho civil actual en todas las regiones de Alemania: Derecho romano y Derecho germánico. Cuanto mayor la importancia del último, desde el punto de vista práctico, en cada una de las relaciones jurídicas —si bien el romano le lleva la ventaja de su aplicación más general,—mayor ha de ser el interés nacional en el cultivo de una materia que afecta á nuestro propio carácter, y, sobre todo, estando como está todavía á muy pequeña altura la elaboración científica del Derecho privado alemán. Sería injusto atribuir esto último á un exclusivismo científico ó á indiferencia para el Derecho patrio; acaso quepa acusar de ambas cosas á la mayor parte de los juristas alema-

(1) *Zeitschrift*, tomo I, núm. VII.—(*N. del T.*)

nes anteriores á la segunda mitad del siglo XVIII; pero el reproche no puede alcanzar á los modernos. El cultivo científico del Derecho alemán ha hecho indiscutiblemente durante el siglo XVIII un progreso de importancia, y hasta el mismo influjo perjudicial que para la expansión de este estudio haya podido ejercer en algunas regiones alemanas la dominación pasajera del Derecho francés, ha sido completamente anulado con la ventaja de la reacción operada. Público es cómo durante el último decenio las antiguas instituciones alemanas han despertado en toda Alemania un vivo sentimiento de simpatía, que ha de tener las más felices consecuencias para el estu lio del Derecho patrio.

La verdadera causa de aquel retraso está más bien en que el cultivo del Derecho alemán se ha emprendido desde un punto de vista limitado y sin la base de aquellos trabajos preparatorios que debieran asegurar el éxito.

La mayor parte del Derecho alemán aparece en la actualidad bajo la forma de Derecho particular, pües la razón próxima en virtud de la cual se aplican prácticamente sus enunciados, consiste en que éstos se encuentran reconocidos en el Derecho particular, escrito ó no escrito. Pero ni uno solo entre todos los Derechos particulares alemanes tiene una existencia aislada y como subsistiendo por sí misma, ni podría tampoco tenerla, siendo así que ninguna región ale-

mana se ha separado nunca del resto de Alemania ni por su carácter personal ni en cuanto á su historia. Se me comprendería muy mal si se creyese que pretendo negar toda individualidad á los derechos particulares alemanes: todos la manifiestan en mayor ó menor grado en cada una de las relaciones jurídicas, y precisamente la posibilidad de explicarla por la historia de las respectivas regiones, es lo que da un alto grado de interés científico al estudio de algunos Derechos particulares. Mi afirmación anterior únicamente quiere decir que la constitución jurídica de cada región alemana debe considerarse en íntimo enlace con la del resto de Alemania. De aquí que ningún Derecho territorial pretenda aquella perfección que necesariamente ha de tener un Derecho completo en sí, y que deba ser considerado como un todo subsistente por sí mismo; y de aquí también que fuera vano empeño el tratar de exponer con enlace sistemático un Derecho particular sin más que sus fuentes escritas y el Derecho local vivido, pero no escrito (1).

(1) El único capaz hasta cierto punto de ser cultivado en semejante forma, y que más que otro alguno ha sido objeto de trabajo científico, es el Derecho sajón. Pero no debemos olvidar su relación inmediata con los libros legales de la Edad Media, y, por tanto, con las fuentes escritas del antiguo Derecho común, y que por esto ha sido más susceptible que otro Derecho particular cualquiera de una evolución sustantiva.

Por el contrario, ambas clases de fuentes jurídicas suponen necesariamente un Derecho común independiente de ellas, que está sobre ellas, al cual confirman, aplican, modifican ó limitan, y que á su vez les sirve de complemento.

Es indudable que el Derecho romano es uno de los elementos fundamentales de este Derecho común, y que por él podrán regirse aun los mismos institutos alemanes cuando contenga un principio aplicable á ellos por analogía. Pero es igualmente cierto que el Derecho romano no basta para todas las relaciones jurídico-civiles, pues no contiene un principio de analogía para todas ellas, ni puede contenerlo no relacionándose de una manera inmediata con nuestro primitivo estado jurídico: el enlace entre éste y el Derecho romano se verifica á través del Derecho germánico. De aquí que deba existir, además del Derecho romano, una fuente jurídica común que sirva de complemento al Derecho particular. Y aun cuando fuese cierta la afirmación de que en Alemania no había existido un Derecho común con anterioridad á la introducción del romano, hubiera tenido que formarse por necesidad á partir de este momento, subsistiendo junto al Derecho romano, relacionándose con él y perfeccionándose bajo su influjo; por más que de aquella afirmación que parte de ideas falsas acerca del Derecho común, puede inferirse fácilmente lo contrario. A lo menos, desde aquel momento el Derecho

civil habría tenido un centro visible y una forma científica, y de aquí hubiera nacido necesariamente el deseo, muy fecundo en consecuencias prácticas, de construir un sistema completo para todas las relaciones jurídicas que pudieran presentarse.

Han creído algunos, sin embargo, que nos falta la fuente común expresada, y que las teorías que se designan de ordinario con el nombre de Derecho común privado alemán no merecen esta denominación, puesto que allí donde no basten ni el Derecho particular ni el romano habrá que decidir según analogía con el Derecho particular, y así lo que se aplique con el nombre de Derecho común alemán en cuanto sea realmente aplicable, sólo podrá llamarse Derecho común analógico (1). Pero no puede darse una analogía que alcance á todos los casos y al mismo tiempo se desenvuelva únicamente sobre la base de un Derecho particular, puesto que ella supondría ya un sistema completo del Derecho particular de que se trate. Y esto lo reconocen los mismos partidarios de aquella opinión, en cuanto consideran como un medio para encontrar la analogía aquellos otros Derechos particulares en que se dan el mismo concepto fundamental y las mismas disposiciones generales que en el Dere-

(1) Hufeland, *Einleit. in die Wissensch. des heutigen Deutschen Privatr.* (*Introducción á la ciencia del Derecho privado alemán actual*), § 21, núm. 3.

cho para el cual se busca precisamente la determinación análoga. ¿Pero cómo podríamos tener la esperanza de hallar en otro Derecho particular el mismo concepto fundamental y las mismas determinaciones generales si el contenido de ambos no dependiese de una regla superior, de que ambos son mera aplicación á casos particulares, y de la cual expresan únicamente con más perfección el uno y más imperfectamente el otro las necesarias consecuencias? ¿Y no es en realidad esta derivación del otro Derecho particular de aquella regla suprema quien hace legítimamente aplicables sus disposiciones, mientras una concordancia meramente accidental nunca podría ser base para ninguna clase de aplicación? No se trata, por consiguiente, tanto de buscar disposiciones análogas en el otro Derecho particular, cuanto de encontrar la regla suprema, y el contenido de ésta es precisamente lo que constituye el Derecho común privado alemán. Los defensores de la opinión antes expresada, convienen en que ésta es la materia propia del cultivo científico del Derecho alemán, y en realidad sólo niegan que puedan llamarse Derecho común los principios derivados de aquella regla, puesto que su aplicación presupone que la regla esté aceptada por el Derecho particular ó expresamente ó mediante disposiciones especiales que á ella conduzcan, y así sólo pueden considerarse como un Derecho hipotético (1). La ob-

(1) Hufeland, loc. cit.

jeción sería muy justa si cada uno de nuestros Derechos particulares formase un todo subsistente por sí mismo y compuesto de elementos propios, porque entonces la aplicabilidad de la regla de que se trata sería un mero accidente. Pero dándose en los varios Derechos particulares una comunidad de origen fundada en múltiples circunstancias, y como consecuencia de ésta una íntima conexión entre ellos, la regla basada en tal comunidad y no en una mera concordancia accidental de disposiciones particulares, es aplicable general y necesariamente mientras no se demuestre la existencia de una anomalía en el Derecho particular, y tiene, por tanto, naturaleza de Derecho común.

De aquí resulta el único camino posible para encontrar la regla común, y al mismo tiempo aquello que constituye el problema que ha de resolver el cultivo científico del Derecho privado alemán. Se impone, pues, hallar en toda institución alemana la idea jurídica que forma la base de las disposiciones de los Derechos particulares, y partiendo de aquí, determinar qué es lo que debe considerarse como disposición esencial (de Derecho común) y qué como disposición accidental (particular) en las reglas que dominen la institución jurídica de que se trate.

Esta, sin duda, fué también la opinión de Runde (1),

(1) Runde, *Grundsätze des gem. Deutsch. Privatr.* (*Prin-*

cuando pretendió apoyar la prueba de que una teoría del Derecho privado alemán debería estimarse como Derecho común, en la consideración de que tal teoría habría de derivarse de la naturaleza de las instituciones jurídicas. Pero no ha explicado en ninguna parte el procedimiento para determinar en general esa naturaleza, y de aquí que la mayoría de las veces sus impugnadores no le hayan comprendido bien. La determinación de que tratamos sólo es posible partiendo del punto de vista histórico, y su posibilidad descansa en la naturaleza, antes notada, de nuestros Derechos particulares. Nadie niega la unidad originaria del Derecho alemán; pero cuando se negase, podríamos demostrarla acudiendo á las leyes más antiguas de las familias nacionales alemanas y á los libros legales de la Edad Media. Precisamente porque somos bastante ricos en monumentos jurídicos para obtener, mediante la investigación histórica, una explicación de los hechos en virtud de los cuales las reglas del Derecho civil actual han revestido su figura presente, y para perseguir los hechos mismos hasta los tiempos más lejanos, es por lo que podemos encontrar el fundamento originario de cada una de las actuales doctrinas jurídicas. Solamente cabría discu-

cipios del Derecho común privado alemán), § 80. Con más claridad enuncia esta opinión Schmalz, *Handbuch des teutschen Land-und Lehnr.* (*Manual del Derecho alemán territorial y feudal*), § 39.

tir la posibilidad de determinar con esta base la naturaleza jurídica de un instituto del Derecho civil actual, cuando, precisamente por efecto de la evolución de éste, hubiese variado de significación en el Derecho particular, ó cuando tuviese una distinta en cada uno de los varios derechos particulares. Pero toda variación introducida por ley ó por costumbre en los principios que dominan una institución jurídica, debe entenderse en cuanto contiene una desviación de la idea capital primera, como principio y fundamento de un nuevo instituto jurídico ó de una nueva forma del ya existente. Con tal carácter debe aceptarse en el sistema, y clasificarse, según la naturaleza de su fundamento, ora entre las disposiciones de Derecho común, ora entre las de Derecho particular. Por consiguiente, una desviación que provenga de causas cuya eficacia por razones históricas haya sido meramente particular, pertenece á las disposiciones de la última clase, y en tal sentido y con todas sus consecuencias, habrá de contraponerse dentro del sistema jurídico actual á las disposiciones de Derecho común; pero siempre habrá de incluirse en el sistema, porque nuestro Derecho civil, como cualquiera otro, no es un mero amontonamiento de disposiciones producidas arbitrariamente por la legislación ó la costumbre, sino que, por el contrario, todas sus proposiciones se enlazan inmediatamente ó con el Derecho extranjero ó con el Derecho patrio anterior. Y puesto que nuestros

Derechos particulares, no sólo tienen de común el origen de su contenido, sino también su evolución, la mayor parte de las veces lo que creemos una desviación no es de Derecho particular, sino de Derecho común. La razón de ello está en parte en la subordinación común de todos los Estados alemanes al Imperio, que no ha dejado de influir en la evolución expresada ni aun en la época moderna, y en parte, y principalmente, en que la formación del Derecho en nuestro tiempo corresponde en una proporción mayor á la ciencia, cuyo influjo en la legislación particular de los últimos siglos y en el Derecho no escrito nadie ha puesto en duda. De aquí también que el Derecho común alemán haya marchado en unión indisoluble con el Derecho romano, evolucionando bajo su influjo, siendo suplido por él en múltiples relaciones y llenando en cambio sus lagunas. Mucho se ha hablado en este sentido á favor del Derecho romano por haber encontrado en él analogías para relaciones jurídicas no romanas, olvidando que al mismo tiempo y aparte de esas analogías, se han aplicado también las reglas del Derecho alemán (1).

Cuestión distinta es la de si todas las proposiciones jurídicas que vienen designándose con el nombre de

(1) Entre las muchas doctrinas jurídicas que podríamos enumerar con este motivo, citaremos solamente la de los fideicomisos familiares, por ser aquélla en que se ve con más claridad.

Derecho común en las obras científicas, merecen realmente llamarse así y tienen aquel carácter de general aplicación que el nombre presupone. No puede, en efecto, negarse que algunas veces aparecen concebidas arbitrariamente, vacilantes y hasta contradictorias entre sí. La causa de ello no está, sin embargo, en que el trabajo científico sea una base insegura de suyo, sino en el punto de vista limitado y los medios insuficientes con que se ha emprendido hasta ahora.

En parte se ha prescindido del sentido histórico, y en vez de una exposición científica de las doctrinas jurídicas alemanas, se ha intentado únicamente la reunión del contenido de los Derechos particulares en un todo dogmático; en parte, y después de esto, se han pretendido fundamentar históricamente determinadas doctrinas jurídicas, pero por falta de materiales y en fuerza de lo limitado de la investigación que ha precedido, se han expuesto ó antiguallas jurídicas ó mero Derecho particular. Una investigación histórica que haya de resolver los problemas fijados anteriormente, no puede detenerse en la historia de los hechos más importantes que han determinado en general el sér de una institución jurídica, sino que ha de perseguir la historia de su formación hasta dar con el origen de las peculiaridades de los Derechos particulares, porque únicamente puede determinarse con generalidad la naturaleza jurídica de un instituto, y

sólo pueden tener una importancia práctica general los principios derivados de él, y ser contrapuestos como Derecho común al Derecho particular, cuando aquellas especialidades ó se subordinan como la variedad á la idea capital, ó se caracterizan en el sistema como un instituto nuevo distinto de la institución común, pero nacido de ella.

Sin embargo, la mayor parte de las investigaciones históricas sobre el Derecho alemán carecen de estas proporciones, y en realidad son tantas las dificultades con que luchan, que hasta que se remuevan cuando menos algunas de las principales, mediante trabajos preliminares, no podemos esperar resultado alguno satisfactorio. Voy á señalar especialmente las que me parecen más importantes.

Es la más grave la falta de historias regionales escritas con documentos y acompañadas de documentos, pues sin este auxilio es imposible comprender con todo su enlace histórico las especialidades de los Derechos particulares. Unicamente en historias de esta clase se aprende á conocer el Derecho territorial no escrito, por lo menos á conocerlo en su íntima conexión, porque siendo popular por su naturaleza es inseparable de la historia nacional; bien es verdad que en los tiempos modernos no descansa tan inmediatamente en la conciencia popular, pues la tarea de su formación corresponde principalmente á los Tribunales y á la ciencia en virtud de nuestra constitución ju-

rídica. Y aun la misma inteligencia del Derecho territorial escrito, especialmente la de las fuentes antiguas, resulta de ordinario incompleta sin un auxilio de aquella naturaleza. Hasta ahora la mayor parte de las regiones alemanas carecen de un cultivo semejante de su historia, pues claro está que aquí tratamos de la que no pasa los límites de lo particular, y especialmente de la que, utilizando documentos privados, ilustra sobre aquellas relaciones de mayor interés para el Derecho civil. Las simples colecciones de documentos—y aun de éstas carecen en absoluto varias regiones alemanas—suplen muy imperfectamente aquella falta. Pero aunque la mayor parte de las que poseemos no estuviesen privadas de todo plan, ni se hubiesen formado para un objeto extraño al Derecho civil, las noticias más útiles se perderían siempre, pues no se aprecian en toda su importancia, que sólo pueden obtener mediante su enlace histórico con otros hechos no mencionados en la colección.

Lo dicho acerca de la importancia de las historias regionales para el estudio del Derecho alemán, es aplicable en gran parte, aunque sólo con relación á institutos jurídicos especiales, á las historias de las ciudades alemanas más importantes. Todos los estatutos alemanes se refieren á ciertas raíces que, en la Alemania del Norte sobre todo, pueden señalarse con gran claridad. Es un hecho muy sabido que los estatutos de Magdeburgo y Lubeck han sido la fuente inmediata

del Derecho de un gran número de ciudades, y acaso una investigación más severa pondría de manifiesto que el Derecho de todas las ciudades de la Alemania del Norte se enlaza, cuando menos mediatamente, con el de aquellos estatutos. El origen de los estatutos de la Alemania del Sur se conoce con menos exactitud, y, sin embargo, de los institutos jurídicos que en ellos se regulan resulta la existencia de fuentes comunes, y en parte también puede determinarse su procedencia: así, por ejemplo, se sabe que todos los estatutos conferidos á las ciudades erigidas por los Duques zaringios tienen como base el Derecho de Colonia. Y aun aquellos mismos estatutos de los cuales ha nacido el Derecho particular de un determinado grupo de ciudades, parecen tener á su vez una raíz común de la que proceden muchos de sus caracteres: tengo por tal el Derecho de Colonia, cuyos fundamentos determinaré en esta *Revista* con otra ocasión. De aquí que en las doctrinas del Derecho estatutario sea mucho más fácil de lo que se cree ordinariamente el referir á sus reglas las particularidades de cada estatuto y subordinarlas á ellas como la variedad á lo principal. Toda ciudad cuyo Derecho haya sido la fuente del Derecho privado de otras ciudades, merece un estudio histórico especial, acaso según el plan que forma la base de la *Historia de Munich* de Bergmann; respecto de las otras ciudades, basta conocer por la historia general de la región el origen de su Derecho particular. Mayores

proporciones aún habría de tener el plan de los trabajos históricos sobre aquellas ciudades que no sólo hayan comunicado á otras un instituto jurídico, sino que en ellas haya éste tenido su origen ó evolucionado de un modo especial. Es, por ejemplo, el caso de Colonia, Lubeck y Magdeburgo. Estas ciudades tienen su propia historia jurídica interna y externa que debe aparecer con separación dentro de su historia general y cuyos hechos han de investigarse cuidadosamente en el Derecho no escrito sobre todo. Por eso hace falta recoger para su historia más documentos privados que con relación á otras ciudades, y en especial sentencias de *escabinos* y contratos relativos á instituciones jurídicas propias del Derecho estatutario.

Nunca se estimarán lo bastante, á mi entender, las ventajas que podemos esperar para la ciencia jurídica alemana, y acaso más para la futura legislación sobre el Derecho alemán, de los trabajos preparatorios indicados en este artículo (1). Si meros fragmentos de la

(1) Puesto que «no hemos de predeterminar lo mucho que puede restaurarse de las antiguas instituciones germánicas, así en el Derecho público como en el privado. En realidad es, no con la letra, sino con el espíritu, y el espíritu primitivo, como únicamente podemos estudiar las formas antiguas.» Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (De la vocación de nuestro tiempo, etc.), pág. 118.

historia de algunas regiones ó ciudades, abonados únicamente por fuentes auxiliares de escaso valor y que sólo están en condiciones de coleccionarse, esparcen luz inesperada sobre la importancia de tal ó cual relación jurídica, ¡cuántas revelaciones no tendremos derecho á esperar de un conocimiento sistemático! La época presente parece más propicia que la anterior para esta clase de trabajos. Muchos de los recelos que cerraban en otro tiempo á la investigación histórica archivos y registros se han disipado con el cambio completo de la vida pública, y, por otra parte, domina también un sentido más severo en los estudios históricos, si no es que mienten todas las señales de la época. Sin duda, ha perecido buena parte de la rica provisión de fuentes históricas que habían venido conservando las fundaciones y monasterios abolidos últimamente, y acaso no pueda ya escribirse nunca la historia de algunas regiones como no hace aún veinte años hubiera podido efectuarse: con tanta mayor urgencia nos impone la pérdida el recoger lo que todavía queda. Convendría, sobre todo en la formación de las historias alemanas especiales, reunir para un mismo fin el mayor número posible de fuerzas, tanto más cuanto que en una historia fundada en documentos, en la cual la exposición tiene siempre carácter secundario, es lícita la división del trabajo y la investigación no puede pasar los límites de lo particular.

Dentro de una historia regional, la especial de cada oficio, de cada ciudad, de cada uno de los territorios independientes en otro tiempo, constituye en cierta manera un todo susceptible de una investigación separada, y así los materiales para una historia regional extensa pueden ser reunidos y hasta cierto punto elaborados con separación. Además, los hechos de mayor interés para el Derecho privado de la región y de cada uno de sus territorios, pueden investigarse más fácil y completamente por varias personas, á quienes favorezca en este respecto su posición oficial, que por uno solo. Así, por ejemplo, los archivos y registros oficiales pueden prestar, con el auxilio de los antiguos registros de herencias, cartas de préstamo, libros de compras, informaciones oficiales y otros documentos semejantes, la colaboración de mayor importancia para el Derecho rural; la historia de la introducción paulatina del Derecho romano en una región y de su influjo en la formación del Derecho territorial, está contenida en parte en las actas de los antiguos procesos: ¿de quién, pues, podríamos esperar noticias mejores y más completas sobre esta clase de relaciones, que de aquellas personas que por su profesión han de tener un conocimiento más exacto de tales documentos?

Después de los trabajos preliminares indicados, la necesidad más urgente sería la de facilitar el uso de las fuentes jurídicas conocidas ya. Pueden éstas dividirse en tres clases principales, á saber: leyes, libros

legales y documentos. Entre las primeras, las agrupadas de una manera más adecuada á su uso, son precisamente las más antiguas de todas; en cambio, las de los tiempos medios y modernos son en parte casi inaccesibles. Cierto que la mayoría de las regiones alemanas tienen colecciones de leyes particulares; pero generalmente están ordenadas con arreglo á un plan defectuoso. De ordinario, no se otorga valor ninguno al Derecho alemán de los tiempos medios, considerándolo como algo inútil y que únicamente pertenece á la historia; y así, en vez de reunir las fuentes del Derecho escrito correspondientes á aquella época, nadie se ocupa de otra cosa que de amontonar ordenanzas modernas de policía y disposiciones pasajeras. Una colección de leyes particulares habría de retroceder á los tiempos más antiguos de que se conservan monumentos jurídicos, y contener todo aquello que, revista ó no la forma de ley, se haya reconocido, aun cuando solamente en una parte de la región, como fuente escrita del Derecho. Los materiales de más importancia para el Derecho civil se encuentran precisamente en los siglos medios, y á veces también en los posteriores, conservados bajo la forma de juicios *ex æquo et bono*, privilegios y contratos; y los archivos regionales y municipales contienen generalmente un tesoro en fuentes de esta clase, que aún no ha sido aprovechado. En los trabajos para la formación de las colecciones merece atención preferente la revisión de ca-

da una de las fuentes jurídicas y la relación que puedan haber tenido con los antiguos libros legales. Estos se tendrán siempre á la vista (1), y por ellos principalmente habrán de explicarse las fuentes antiguas del Derecho particular; las modernas, en cambio, se enlazarán al mismo tiempo, cuando no únicamente con el Derecho romano y las leyes imperiales.

Los libros legales necesitan una nueva edición crítica y más completa, sobre todo en comentarios históricos. Es tan poco lo que se ha hecho para su uso y lo que se conoce su contenido, que lo mismo respecto á su importancia y la relación en que están entre sí, que en cuanto á sus doctrinas jurídicas especiales, se han difundido los más peregrinos errores. Así, y para ocuparnos de los libros que tienen fama de más fundamentales, el *Espejo de Sajonia* se considera todavía como un Derecho territorial sajón, y el llamado *Espejo de Suabia* como una colección de costumbres jurídicas de la Alemania del Sur, y, sin embargo, basta una comparación superficial del contenido de ambos para convencerse de que son uno y el mismo libro legal, cuyos diversos manuscritos se distinguen únicamente por los comentarios y glosas que se les han agregado posteriormente. Asimismo, sobre la antítesis

(1) Véase mi *Deutsche Staats und Rechtsgeschichte (Historia alemana política y jurídica)*, parte 2.ª, págs. 686 y siguientes.

de ambos libros legales se ha construído la afirmación de que la constitución jurídica de la Alemania del Sur difiere de muy antiguo de la de la Alemania del Norte, y, sin embargo, ambos textos, que aparecen simplemente como libros de Derecho territorial (en su oposición al Derecho feudal y al eclesiástico), sólo rara vez se ocupan de la constitución provincial y manifiestan explícitamente que el Derecho suavo y el sajón no se diferencian más que en dos puntos (1). Es también frecuente prescindir de que ninguno de los manuscritos lleva en su propio texto la denominación de Espejo de Sajonia ó Espejo de Suabia, olvidando que la primera expresión es de un prólogo posterior, y que la segunda ha sido introducida arbitrariamente por Goldast y suscrita de un modo irreflexivo por los demás. También se han difundido grandes errores sobre las doctrinas especiales de tan importantes monumentos jurídicos; bien es verdad que no pocas veces se ha creído que sólo contienen antiguallas jurídicas,—buena prueba de cómo se ha olvidado la raíz de muchos enunciados del Derecho civil actual.

Los límites de este artículo no nos permiten desenvolver con más extensión las relaciones de los varios libros legales entre sí y con el Derecho actual, así como tampoco la misión de la crítica y la exége-

(1) Sächs, *Landr.* (*Derecho territorial sajón*), tomo I, artículo 19.

sis frente á su contenido; expondré mi opinión sobre el particular en otra entrega de esta *Revista*.

Los documentos se han utilizado siempre en los trabajos sobre materias especiales de Derecho privado alemán, especialmente del llamado «Derecho privado de los Príncipes» (*Privat-Fürstenrechts*); pero es mucho lo que queda por aprovechar de la riqueza existente en esta clase de fuentes jurídicas. Nuestra misma abundancia de documentos ha sido un obstáculo para su uso. El número prodigioso de documentos públicos y privados que se han impreso, está esparcido por obras de muy distinto género donde nadie busca tales fuentes, y, en cambio, las grandes colecciones contienen muy poco de lo que realmente interesa al Derecho civil. De aquí que fuera un trabajo muy meritorio el de formar una colección de documentos desde el punto de vista exclusivo del Derecho civil, ó, por lo menos, el de reunir, según un cierto orden, en un repertorio, todos los documentos impresos concernientes á relaciones de Derecho privado y que tengan verdadero interés jurídico. Ahora bien: como una labor de tal naturaleza ofrece en sí misma pocos atractivos, y, por otra parte, tendría que ser muy extensa para dar resultados de consideración, no puede ser, naturalmente, la obra de uno solo; pero es que la cooperación de muchos en la colección ó inventario de referencia no sólo es lícita, sino muy ventajosa, puesto que así pueden darse al trabajo las mayores proporciones.

Parece, pues, la división del trabajo el mejor medio de aprovechar los materiales existentes para el cultivo científico del Derecho alemán. En los últimos decenios han visto la luz pública muchos tratados de Derecho privado alemán, cada uno de los cuales puede tener su mérito peculiar; pero el servicio que prestan á la ciencia en su totalidad es escaso, porque ella necesita más de la investigación que de la ordenación de lo investigado. Por eso el beneficio más inmediato para la ciencia debe esperarse, en primer término, del estudio histórico de las doctrinas jurídicas, aun sin otra base que las fuentes accesibles hasta ahora, y de la explicación desde el punto de vista histórico de los pasajes de las más importantes entre éstas. Ampliando el círculo de la investigación más allá de sus límites usuales, podría cometerse un error en relación con algunas materias. Hace ya tiempo que se estima como uno de los auxilios más importantes en investigaciones de esta clase, la comparación del Derecho patrio con aquellos otros ligados á él por vínculos de parentesco, y en especial con el holandés, el inglés y los del Norte. Aún no se han utilizado éstos, sin embargo, de un modo completo en ninguna investigación, no obstante ser la mayor parte de sus fuentes y la de más importancia para el Derecho civil bastante accesible, y haberse hecho para su uso más que con respecto al propio Derecho alemán; la ampliación de los estudios históricos á su contenido, no tropieza, por tanto, con

obstáculos de ninguna clase, y del aprovechamiento de estos tesoros intactos podemos prometernos un rico botín.

La consideración del estado actual de la ciencia del Derecho alemán, ha sido el punto de partida de los autores de esta *Revista* al fijar el plan de la misma. Sobre esta base desean que se juzgue su empresa en cuanto tiene por objeto el Derecho germánico y todo lo que comuniquen sobre el particular.

LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Y LOS GERMANISTAS

DISCURSO

de Otto Gierke para la fiesta conmemorativa del fundador de la Universidad de Berlín, Rey Federico Guillermo III, leído en el Aula de la misma el 3 de Agosto de 1903.

¡Ilustre Asamblea! ¡Estimados colegas! ¡Queridos compañeros!

Todos los años, el 3 de Agosto, nos congregamos para un acto solemne. Festejamos el natalicio del Rey Federico Guillermo III, preclaro fundador de nuestra Universidad, y celebramos, por consiguiente, al mismo tiempo, nuestra propia fiesta natal. Renovamos conmovidos la memoria de aquel Soberano tan querido, cuya imagen perdura indeleble en el alma de su pueblo, y recordamos, llenos de agradecimiento, el acto magnífico con que llamó á la vida á nuestra comunidad. Porque siempre, cuando después de las vicisitudes de un año meditamos en ocasión solemne sobre la vida de la gran asociación, como miembros de la cual nos reunimos aquí, y notamos con alegría su fuerza y plenitud, volvemos la vista á los días de

nuestro comienzo. Cada vez nos apercibimos nuevamente de cómo nuestro origen en el movimiento espiritual de aquella época tan difícil, y sin embargo tan grande, es lo que determina hasta el día nuestra peculiar naturaleza. Y siempre, la consideración de las fuerzas morales que cumplieron entonces la obra de la regeneración nacional, reafirma en nosotros la voluntad decidida de reunir nuestros esfuerzos en un trabajo más riguroso, para que nuestra Universidad no sólo florezca y prospere, sino que llene cada vez más ampliamente el fin supremo de su vida.

Grande en verdad, prodigiosamente grande fué aquella época sobre la que se extendió el resplandor glorioso de una aurora. ¡Qué principio tan lleno de promesas, qué afán tan vehemente de crear! ¡Qué vida tan fecunda celaba el porvenir! Bajo el yugo de la dominación extranjera, aquel silencioso allegar de fuerzas que consiguió la libertad. En el cuerpo político mutilado, la transformación regeneradora del organismo. A través del desgarramiento exterior de la nación, el majestuoso vuelo de la unidad alemana que despertaba. Un nuevo sentido político, en virtud del cual brilla otra vez el concepto germánico de la libertad, y cada uno vuelve á concebir su Estado y su nación como lo suyo propio. Una sacudida moral que pone pensamientos y acciones al servicio de un ideal supremo. Una renovación y una mayor profundidad en la vida religiosa, con la altiva confianza en Dios

y la piedad humilde. Donde quiera una elevación que viene de dentro, obra original del espíritu alemán.

Pero la Universidad de Berlín no sólo fué una creación de esta época: fué al mismo tiempo é inmediatamente la portadora activa de aquel movimiento en cuyo centro se asentó su infancia. Porque en general la nueva vida se reflejó también en la ciencia, como correspondía á su naturaleza intrínseca. Se arrancaron nuevas ideas al espíritu investigador, se tomaron otros caminos, se abrieron nuevos horizontes. Mucho de lo que hoy gustamos como fruto maduro, procede de la semilla que en aquel tiempo se arrojara. Entonces fué cuando la ciencia alemana recibió su propio temperamento, al que ha debido la capacidad para conquistar en el transcurso del siglo una posición directora. Y la joven Universidad de Federico Guillermo figuró en los principales puntos de partida y de llegada de la corriente de la nueva vida.

Al jurista, sobre todo, le es muy fácil comprobarlo con relación á su ciencia. Es, en efecto, un hecho manifiesto y muy significativo que la fundación de la Escuela histórica se enlaza íntimamente con los primeros movimientos vitales de nuestra Universidad. Desde aquí publicó Savigny (1), en 1814, aquel célebre trabajo que ha servido siempre de programa á la Escuela histórica: el folleto sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho. Aquí apareció el año siguiente el primer tomo

de la *Revista* para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico, creada por los Profesores berlineses Savigny, Eichorn (2) y Göschen (3), que se anunció solemnemente como el órgano de la nueva dirección. Aquí, por vez primera, se planeó la enseñanza académica del Derecho en el sentido de la Escuela histórica, y se llenó con su espíritu.

En sí misma, la concepción histórica era realmente antigua. Ya en el último tercio del siglo XVIII, en la contracorriente iniciada, se había rebelado contra el radicalismo del Derecho natural. El mismo Savigny llama á Justo Möser (4) predecesor suyo, y á Gustavo Hugo (5) su maestro. Y hubiera podido añadir á éstos otros muchos nombres (6). Antes que todos, Juan Godofredo Herder, como hace poco ha demostrado Ehrenberg de un modo notable, no sólo había inspirado al punto de vista histórico el alma de su desenvolvimiento ulterior, sino que dentro de la nueva concepción colocó el Derecho precisamente junto á la religión y la lengua, anunciando, por tanto, la doctrina fundamental de Savigny y anticipándose á la comparación de éste entre el Derecho y el lenguaje (7). El cambio en el modo de concebir el Derecho, no fué en substancia más que una de las manifestaciones principales del cambio general de las ideas, que había minado ya la construcción orgullosa del racionalismo, cuando la gran revolución se aprestaba á dar á la realidad una nueva estructura. Fallida la prueba y pro-

clamada, por tanto, la bancarrota del Derecho racional, surgió poderosa la idea del Derecho histórico, y obtuvo la victoria. Prosperó é influyó en los espíritus: no formulada todavía, dió nueva vida al trabajo científico y le prestó el impulso necesario para elevar á un alto grado así el cultivo del Derecho romano como el del Derecho germánico. Savigny había escrito ya su *Derecho de la posesión*, y Eichorn el primer tomo de su *Historia alemana política y jurídica*, cuando ambos se encontraron en Berlín (8).

Fué éste, de todos modos, uno de esos acontecimientos que forman época, pues á partir de este momento la nueva concepción se formuló en los sólidos enunciados de un programa; su fin se puso conscientemente en el éxito del combate contra el Derecho natural, y se estableció un acuerdo exterior entre sus campeones. De aquí en adelante, la Escuela histórica fué una fuerza constituída que enseñó el camino á la ciencia jurídica alemana. Pero en cuanto á la naturaleza y límites de su acción, la doctrina fundamental formada en 1814 y 1815 subsistió mucho tiempo como decisiva.

En este punto, pues, la concepción genial de Savigny fijó el destino de la jurisprudencia alemana. La nueva doctrina contenida en su teoría, se apoderó fácilmente de los espíritus impresionables. Con su elaboración del pensamiento profunda y clara á la vez, con el vuelo sugestivo de su elocución grandiosa, con

su riqueza en brillantes rasgos geniales, la obra acerca de la vocación de nuestro tiempo ejerció sobre los contemporáneos un encanto fascinador. Con ella tan sólo el sentido histórico del Derecho adquirió una importancia inmediata para la vida, para el trabajo científico profesional y para la práctica diaria. Sin embargo, este folleto, aunque derivado de una concepción total, apareció en la forma de un trabajo de ocasión, que tendía desde luego á combatir la pretensión, sostenida por Thibaut con patriótico entusiasmo, de que se promulgase á la mayor brevedad un Código civil alemán (9). Esto no obstante, donde quiera descendía de las alturas de una consideración especulativa de la historia á las relaciones concretas del Derecho vigente, y derivaba de las ideas generales consejos prácticos para el trabajo profesional de los juristas. Y las sentencias del maestro pasaron á ser en cierto modo los artículos de la fe de la Escuela histórica. Las ventajas que con esto se obtuvieron son imperecederas; pero se introdujo al mismo tiempo una nueva dependencia dogmática que podía conducir, y en parte condujo, á la parcialidad y al estancamiento.

Lo substancial de la nueva teoría es eterno. Se trata de aquellas verdades que, una vez descubiertas, no pueden volverse á perder. Ha pasado ya á ser carne y sangre nuestra la idea de que el Derecho es un producto histórico de la vida común humana; de que su nacimiento y modificación no son sino una parte del

proceso general de la cultura, y de que su estado actual se condiciona y determina por la mutua acción y reacción entre su fuerza ordenadora y las otras fuerzas vivas en las restantes funciones del organismo social. Pero ¿cómo podría expresarse esto de un modo más enérgico y conciso que con las palabras de Savigny: «El Derecho en realidad no existe de por sí; es más bien la vida misma del hombre mirada desde un punto de vista especial?» (10). Nos parece evidente de suyo el que la inteligencia científica del Derecho sólo sea posible partiendo de su historia. Pero Savigny lo ha probado para siempre al preguntar: «¿Es, pues, posible concebir el presente de un organismo cualquiera de otro modo que en relación con su pasado, es decir, sin un método genético?» (11). ¡En verdad! De la enunciación de esta idea y su aplicación enérgica, se ha derivado todo el progreso de la jurisprudencia. La concepción del Derecho natural, que admite un Derecho válido para todo lugar y tiempo, cuyo descubrimiento es obra de la sana razón y cuya realización tiene lugar mediante la ley, quedó vencida científicamente (12). Y la Escuela histórica influyó más allá de los límites de su especialidad, impulsando el movimiento espiritual. Contribuyó á que penetrase en todas las ramas de la ciencia la idea de la evolución. La filología, sobre todo, siguió muy pronto sus huellas, y más tarde volvió á servir de modelo para el cambio operado en la Economía política.

La verdad contenida en la opinión histórica, es independiente de la especulación filosófica sobre la razón última del Derecho. El juicio sobre la doctrina fundamental filosófico-jurídica de la Escuela histórica, será siempre distinto según la concepción del mundo que tenga el que juzgue. Su derivación del Derecho de la conciencia nacional, se ha censurado muchas veces por insuficiente y muchas también por obscura y mística. No quiero entrar ahora en el examen de estas censuras. La Escuela histórica no ha comprendido ciertamente en toda su amplitud la cuestión que envuelve la relación de causa y efecto en la vida social, ni ha respondido á ello suficientemente con su fórmula simplificada. Bien es verdad que el problema de que aquí se trata, como toca al gran secreto de la vida, desafía irónicamente la solución que sin descanso se le busca. Sin embargo, para toda opinión que conciba la vida común humana como la vida de un sér supraindividual, la introducción del espíritu nacional en la teoría del Derecho será siempre un punto de partida para una doctrina social más profunda.

En la aplicación de su teoría fundamental á las cuestiones concretas de la vida jurídica, la Escuela histórica construyó también ideas imperecederas. Expuso la fuerza originaria y el valor incomparable del Derecho consuetudinario. Hizo notar la importancia de la continuidad histórica en la formación del Derecho, y demostró que el Derecho del presente tiene tan-

ta más vida cuanto más sólidamente arraiga en el Derecho del pasado (13). Reveló la superioridad del Derecho que se produce orgánicamente sobre el construído de un modo artificial, y descubrió los perjuicios de la formación precipitada de la ley (14). Exigió la compenetración de la práctica jurídica con el espíritu científico en el sentido histórico, y rechazó aquella concepción que la equipara á un oficio (15).

Cierto que desde un principio tendió en todo ello al exclusivismo y la exageración. Pero éstos eran solamente los defectos de sus virtudes. En su lucha contra las extralimitaciones de la doctrina del Derecho natural, necesitaba de armas bien afiladas. Temía también que la vida misma, con el juego de sus contrarios accidentes, pareciese justificar aquellas extralimitaciones. Pero no porque se otorgase un valor excesivo al Derecho consuetudinario y se regatease, en cambio, á la acción legislativa su capacidad creadora, perdió la legislación su papel director, y la libertad de acción que permitió al Derecho consuetudinario fué antes escasa que demasiada. El que la Escuela histórica pasara del amor á lo antiguo á la predilección por lo anticuado (16), y con su ataque fundamental á la Revolución ofreciera un punto de apoyo á la reacción (17), que no se hizo esperar, acaso haya contribuído tanto á un desvío muy conveniente de innovaciones perturbadoras, cuanto al retraso perjudicial de modificaciones oportunas; pero no ha podido detener el progreso

de la evolución jurídica. Si Savigny negó con justicia á su tiempo la vocación para codificar—ya que él únicamente se oponía á la codificación y no á toda clase de legislación (18),—no puede decidirse fácilmente con posterioridad á aquella época: cierto qué hoy día apenas habrá quien eche de menos el que no se formara entonces un Código en el sentido de Thibaut. Pero las manifestaciones de Savigny, en cuanto atacan la codificación en general (19), no tienen ya razón de ser para nosotros desde 1.º de Enero de 1900.

En todo caso sería injusto hacer un serio reproche á la Escuela histórica, porque derivó de su concepción capital una infinidad de consecuencias. Nunca se ha llevado á cabo una gran revolución de las ideas sin el trastorno temporal del equilibrio. El verdadero pecado de la Escuela histórica comienza, por el contrario, en aquel punto en que fué infiel á su propio principio. Esta infidelidad para consigo misma fué lo que la llevó á su conducta respecto de nuestro Derecho nacional. Imprimió con esto un giro muy pernicioso á la vida jurídica alemana, como se ve con toda claridad por la discordia entre romanistas y germanistas. Voy á probarlo.

En un principio parecía que, con la fundación de la Escuela histórica, la enemiga entre la jurisprudencia romanista y la germanista, desarrollada á partir de la resurrección del estudio del Derecho patrio, iba á desaparecer bajo una cooperación armónica. Los prime-

ros manifiestos no dan la voz del combate; antes, al contrario, respiran la concordia. Y, sin embargo, la nueva dirección había nacido en el entusiasmo nacional por la guerra de la Independencia. Así lo dijo el mismo Savigny; y más tarde, en el prólogo á la segunda edición de su folleto sobre la vocación de nuestro tiempo, excusa en parte su injusto fallo acerca de los juristas franceses, con «la irritación contra estos vecinos, tan natural en aquella época (20).»

Al establecer Savigny el estudio del Derecho romano, el del Derecho germánico y el de las modificaciones posteriores de uno y otro, como las tres cuestiones capitales de nuestra jurisprudencia, otorgó en ella al Derecho germánico un puesto igualmente principal. Ningún germanista hubiera hablado de un modo más hermoso sobre el Derecho germánico, ni profetizado tan sabiamente su futuro. Después de notar la excelencia del Derecho romano como prototipo de una gran creación jurídica, añade: «El Derecho germano carece de tal ventaja; pero nos ofrece otra que no cede á ésta en importancia. Está ligado con nosotros inmediata y nacionalmente, y de aquí que no deba desconcertarnos el que haya desaparecido la mayor parte de sus formas primitivas. El fundamento nacional de dichas formas, la dirección de que proceden, sobrevive á las formas mismas, sin que podamos decir de antemano lo mucho que cabe restaurar de las antiguas instituciones germánicas, así en el Derecho público

como en el privado. En realidad, no con la letra, sino con el espíritu, y el espíritu primitivo, es como únicamente podemos estudiar las formas antiguas (21).» En este sentido se unió con Eichorn, el gran creador de la historia científica del Derecho alemán, para la publicación de la *Revista* al servicio de la ciencia del Derecho, desde el punto de vista histórico (22).

Eichorn, por su parte, como jefe de los germanistas, tomó la palabra en el tomo primero, y completó él el célebre prólogo de Savigny, con un artículo interesantísimo «sobre el estudio histórico del Derecho alemán (23).» También él estableció como fin el cultivo científico del Derecho vigente—que en lo tocante al Derecho alemán, y á pesar de su interés nacional, permanecía á muy pequeña altura,—y, por tanto, la vivificación práctica del Derecho privado alemán (24). Se esforzó, ante todo, por hallar un Derecho común privado alemán, cuya existencia derivase del origen común de los varios derechos particulares y se manifestase en la evolución paralela de la idea fundamental, una y la misma, viva en todos ellos (25); y concluyó afirmando que este descubrimiento sólo era posible desde el punto de vista histórico (26).

Los primeros anuarios de la *Revista* muestran una activa colaboración de los germanistas (27). Ya en el primer tomo Jacobo Grimm aparece junto á Eichorn, y en el segundo publica su célebre artículo «La poesía en el Derecho (28).» ¡Qué perspectivas no se abrie-

ron cuando esta estrella brillaba todavía en el horizonte jurídico; cuando se unió con Savigny y Eichorn, el hombre que, entre todos los mantenedores de la concepción histórica, había percibido con más delicadeza la formación originaria del Derecho, había contemplado á mayor profundidad la relación del Derecho con la religión, la lengua y las costumbres, y había sentido más íntimamente la conmoción del espíritu nacional en la vida jurídica! ¿Qué alemán habrá que no ame con entusiasmo el Derecho patrio desde que aquel hombre descubrió su mágico atractivo?

Aquí, sin embargo, se detiene la aproximación interna entre la jurisprudencia romanista y la germanista. Cada una de ellas tomó su propio camino, se inspiró más y más en el espíritu de sus fuentes y se separó más cada día de su hermana. El reciente compañerismo se convirtió en alejamiento progresivo, y concluyó en enemistad manifiesta. Fijándonos en la suerte ulterior de la *Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico*, podemos observar claramente cómo en los anuarios posteriores prepondera ya un romanismo parcial, y el Derecho patrio le va cediendo su puesto (29). Por esto se explica que ya en el último decenio de 1820, se despertase la necesidad de una Revista especial germanista (30). Pero las *Eranias para el Derecho alemán*, que fundó Dalwigk en 1825 y prosiguió Falck, fueron

únicamente un modesto comienzo, y en 1828 desaparecieron con la tercera entrega (31). Sólo en 1837 volvió á ofrecer una forma definida el plan de reunir en una todas las aspiraciones germanistas, y á partir de aquel momento lo realizó espléndidamente la *Revista para el Derecho alemán*, que publicaron Reyscher y Wilda (32 y 33), y cuyos dos primeros tomos aparecieron en 1839 (34). Con esto, la señal del combate estaba dada.

Es innegable que el ataque partió del bando germanista. Lo inició Reyscher con violentos artículos destinados á servir de programa (35); simultáneamente, Bluntschli tomó parte en el movimiento con su folleto sobre las nuevas escuelas de los juristas alemanes (36); Beseler se unió, prestando, en el año 1843, con su trabajo sobre el Derecho nacional y el Derecho de los juristas, el impulso más importante (38); Mittermaier y Christ alentaron fogosamente las aspiraciones en pro del Derecho alemán (38). Todos estos hombres se declaraban partidarios de la concepción histórica en el Derecho (39). Pero se volvían contra la Escuela romanista, que se llamaba histórica y pretendía ser la verdaderamente histórica. He aquí lo que era la escuela de Savigny, cuando el mismo fundador reinaba todavía desde las alturas de su obra como jefe indiscutido.

Los germanistas se hicieron, por consiguiente, responsables de una ruptura de la paz que sonaba á re-

belión. ¿No estaba, pues, fundada la ruda repulsa que recibieron inmediatamente de sus adversarios? (40). ¿Por qué no se ocupaban, ya que pretendían ser juristas históricos, en acabar su historia del Derecho germánico, cosa que nadie pretendía impedir, y que todo romanista estaba dispuesto á considerar con Savigny como un trabajo meritorio?

Los germanistas pensaban de otro modo. Pensaban más históricamente. Lo que ellos combatían eran los resultados perniciosos de aquel pecado contra el espíritu histórico, en cuyas redes se envolviera cada día más fuertemente la escuela. En este punto, por tanto, debo volver atrás.

Savigny, según he dicho antes, colocó junto al Derecho romano y al Derecho germánico las modificaciones posteriores de ambos Derechos, señalándolas como la tercera de las partes fundamentales de nuestra jurisprudencia. Pero le faltó el sentido real del gran proceso histórico, que se viene cumpliendo desde la Edad Media en la lucha, la fusión y el progreso de ambos mundos jurídicos. Verdad es que en su folleto sobre la vocación de nuestro tiempo reconoce que algunas variaciones han obedecido realmente á una necesidad nacional; pero de ordinario no ve en los cambios introducidos más que error y perturbaciones. De aquí que piense que «esta tercera parte de nuestra ciencia debe dedicar un esfuerzo preferente á purificar poco á poco el estado jurídico actual de todo

aquello que se ha producido únicamente por la ignorancia y rudeza de una mala época literaria y sin verdadera necesidad práctica (41).» Y apenas emprende esta purificación, deja ver con mucha claridad que toda transformación del Derecho romano de las fuentes le parece, poco más ó menos, una monstruosidad que debe rechazarse, y, por tanto, que la trama del Derecho germánico, seguida en el Derecho extranjero merced á una larga labor del espíritu, debe desaparecer, resucitándose el puro Derecho romano (42).

Esta concepción, anti-histórica por completo, turbó desde un principio su juicio sobre los jurisconsultos de la Edad Media. Frente á los glosadores, los post-glosadores le parecen simples decadentes á causa de su mayor alejamiento de los textos (43). Ni se hace cargo de que sólo los post-glosadores, con su adaptación del Derecho romano á la vida de su tiempo, han sido los padres del Derecho moderno, ni sabe apreciar la extraordinaria grandeza de Bartolo. No comprende que el trabajo de reconstrucción y explicación de las fuentes con todos sus errores y arbitrariedades, fué el proceso vivificador que capacitó al Derecho romano para conquistar de nuevo una parte en el imperio del mundo. Sólo vuelven á parecerle dignas de aplauso las producciones críticas y filológicas de la escuela francesa de los elegantes.

Le falta, igualmente, el sentido de la evolución de la teoría y la práctica del Derecho alemán, á partir

de la recepción del Derecho romano. Todo el *usus modernus*, cuya formación paulatina, primero, y, finalmente, su cultivo conscio, eran el fruto de la originalidad naciente del espíritu alemán, le parece un enigma embrollado. No presintió, ante la importancia del Derecho común sajón, la continuidad del pensamiento jurídico alemán que había de conducir en definitiva al Derecho común alemán. Las estatuas nos dicen hoy en el palacio del *Reichsgericht* (*) y en la Avenida de la Victoria, que Eike de Repgow figura entre los inmortales de nuestro pueblo. Savigny se hubiera sonreído seguramente si alguien le hubiera hablado de la eficacia ulterior del *Espejo de Sajonia*.

Menos todavía pudo apreciar el enemigo encarnizado del Derecho natural el valor histórico de las ideas de esta concepción. No consideró que todo el sistema del Derecho natural era precisamente el resultado de un movimiento universal histórico, y que su poderoso influjo sobre la vida, tan bienhechor acaso como la recepción del Derecho romano, era un trozo, no informe y por hacer, de la Historia del Derecho. Por eso no se apercibió tampoco del contenido de Derecho positivo oculto tras las doctrinas que se pretendían derivadas de la razón abstracta. Se le escapó sobre todo el gran número de conceptos germánicos que habían sido renovados con el disfraz del

(*) Tribunal del Imperio.—*(N. del T.)*

Derecho natural y la fuerza fecundante que corrió por las ideas de la concepción racionalista á causa de esa misma circunstancia (44). Así, su desvío del Derecho natural se convirtió en antipatía hacia el Derecho nacional regenerado (45).

Savigny renegó rudamente del espíritu histórico con su juicio acerca de los grandes Códigos. Tan fundado como era su deseo, nacido de un sentimiento patriótico de que se arrojara de la tierra alemana el Código francés, era injusta la censura que fulminó contra el *Code* (46), y muy extraña la ceguera que le impedía ver las raíces históricas de éste, y, sobre todo, su rica herencia germánica (47). Algo más indulgente se muestra con el Código austriaco (48), y más aún con el *Landrecht* prusiano (49. Y, sin embargo, su conducta frente al Derecho prusiano nos resulta hoy incomprensible. La posteridad tiene que agradecerle el haber conseguido que en Berlín la base de los estudios jurídicos la formase el Derecho común alemán y no el Derecho territorial prusiano. Pero el que en la Universidad de la capital prusiana no se diera una enseñanza general del Derecho prusiano casi durante un decenio, será siempre una aberración peregrina. ¡Y qué razones produjo Savigny en su justificación! Que para las necesidades de la práctica, bastaba con el ejercicio preparatorio posterior á la terminación de la carrera. Que la falta de fuentes históricas especiales hacía entonces muy difícil el dar á la materia un

carácter científico, y que acaso sería otra cosa después de la publicación de los materiales del *Landrecht* (50). Muchos han pensado en fecha reciente que nada sería tan de desear para el estudio propiamente científico de un nuevo Código, como el que se quemasen todos sus materiales. Cuando el fundador de la Escuela histórica creyó que, por el contrario, sin ellos no podría darse al Derecho prusiano un sentido histórico, reveló con mucha claridad no haber comprendido que la obra legislativa más grandiosa de los tiempos modernos debía su origen á la suma vigorosa de cuantos esfuerzos hiciera el espíritu alemán, á partir de la recepción para restablecer la armonía entre la conciencia nacional y el Derecho (51). Cupo ciertamente al propio *Landrecht* una grave complicidad en su futuro destino: con éste recibió un duro castigo su pretensión de hacer superflua la ciencia del Derecho (52). Porque á su vez la ciencia se vengó acerbamente rechazando con desdén el Derecho vivo en los principales territorios prusianos y reduciéndolo á la categoría de mero estudio práctico. Y ésta fué en ambos respectos por bastante tiempo la dirección dominante, si bien algo más tarde el *Landrecht* formó parte de la enseñanza universitaria y el mismo Savigny lo explicó cinco veces (53).

Todos estos elementos, anti-históricos y anti-nacionales á la vez, de la teoría de Savigny llegaron á ser los preponderantes. Los discípulos, como de ordi-

nario sucede, fueron más lejos que el maestro. El más grande de todos ellos, Jorge Federico Puchta, el que diera al Derecho romano un nuevo poder sobre los espíritus con el descubrimiento de su fuerza lógica y su desarrollo en un sistema completo de belleza deslumbradora, fué quien atacó de modo más rudo toda rebelión herética contra el dogma (54). De este modo la Escuela histórica vino á ser el campeón de un romanismo exclusivista. Contra las antiguas manifestaciones de Savigny, que recuerda la divisa posterior de Ihering: *á través del Derecho romano, más allá de él* (55), trató de conseguir la restauración práctica del puro Derecho romano. Sobre la base de la teoría de la Recepción, sostenida á favor de su soberanía exclusiva, obtuvo que el *Corpus juris in complexu* volviese á ser considerado como un Código alemán. Y como la cosa pareciera posible, pretendió excluir el *usus modernus* y muchas veces en la práctica del Derecho común el éxito coronó sus esfuerzos. El Derecho patrio quedó á un lado como una especie de suple-faltas, y no se atribuyó valor práctico á su investigación científica sino en relación con algunas cuestiones secundarias del Derecho común y las especialidades de los Derechos particulares (56). Y aun para el cultivo de este mismo campo, el instrumento ideal necesario debía salir de los almacenes romanistas; de ningún modo debía formarlo el pensamiento jurídico alemán elaborado con elementos patrios. Ahora, como

antes, se pregonaba que el Derecho es una obra del espíritu del pueblo y se mantenían aquellas promesas que ofrecieran un Derecho nacional y popular como fruto del historicismo. Pero cada día se afirmaba más la convicción de que el espíritu nacional germánico carecía de originalidad creadora, y su temperamento especial se revelaba con toda exactitud en la apropiación de lo extranjero (57). ¡Así, pues, el pueblo alemán estaba predestinado, por virtud de su propia naturaleza, á la adopción del Derecho romano, y era evidente, por tanto, que su Derecho sería tanto más nacional cuanto más romano! Cierto es que fueron los juristas quienes hicieron en otro tiempo que el Derecho extranjero penetrase en Alemania, y cierto también que la nueva romanización de la práctica fué una obra de los jurisconsultos en que no tuvo parte el pueblo. Pero es que los juristas eran el órgano jurídico del pueblo, y lo que ellos creasen debía reconocerlo el espíritu nacional como creación suya. Así, con una cándida sustitución del ideal á la realidad, se fingió que la jurisprudencia no hacía sino formular en conceptos más claros y acabados la conciencia jurídica del pueblo. Unicamente de este modo podían los juristas apropiarse el Derecho romano, purificado de todas sus deformidades, y este Derecho reclamar para sí la corona de la popularidad (58).

Estas fueron las teorías y éstas las aspiraciones que atacaron por vez primera los germanistas. Vieron el

serio peligro que se cernía sobre el Derecho alemán, y no hicieron más que cumplir con su deber al levantar las armas en defensa del bien precioso confiado á su custodia.

El principio de su fuerza era el pensamiento nacional. Comprendieron desde luego que su combate á favor del Derecho alemán no era más que una de las manifestaciones de la lucha de la nación por la reconquista total de su personalidad. La nacionalidad se imprime especial y poderosamente en el Derecho. Producto el Derecho romano de un espíritu nacional extraño, y nacido el alemán de nuestra propia conciencia jurídica, ambos Derechos están separados, en cuanto á sus puntos de vista fundamentales, por un abismo infranqueable: con la recepción del Derecho romano surgió el desvío de lo nacional; pero el Derecho alemán, al igual de la nación alemana, no se dejó sofocar, y hoy vive y lleva en sí la fuerza necesaria para subyugar al intruso: su triunfo en las cuestiones fundamentales es uno de los requisitos indispensables para la formación nacional de nuestro futuro. Esta es, sencillamente, la serie de las ideas que, á partir de los primeros tomos de la *Revista* para el Derecho alemán y los primeros trabajos de sus jefes, se repite en todas las manifestaciones de los germanistas (59). Sus contrarios los tacharon de teutomanía, desprecio para las antiguas conquistas de la cultura y olvido del elemento común humano del Derecho. Pero el grito

del combate, arrojado por los germanistas, encontró eco en la corriente nacional que engrosaba poderosamente. La marea germanista llegó á su colmo con una gran manifestación nacional que adquirió mucha importancia histórica, por ser el preludio inmediato del año 1848. Me refiero, como es natural, á las Asambleas germanistas celebradas en Septiembre de 1846 en el Palacio imperial de Francfort sobre el Mein, y en Septiembre de 1847 en la Casa-Ayuntamiento de Lubeck (60).

En este punto los partidarios del Derecho alemán se unieron con los estudiosos de la lengua y la historia alemanas en una obra común á favor del elemento patrio. El nombre de *germanistas* que hasta este momento llevaran únicamente los jurisconsultos, pasó á filólogos é historiadores: los juristas—dice Jacobo Grimm—hicieron con esto un sacrificio; pero lo que perdieron por un lado lo ganaron por otro, con la mayor honra que cupo al calificativo (61). En la convocatoria, suscripta por diez y ocho firmas (62), se confesaban germanistas, junto á los seis jurisconsultos Beseler, Falck, Mittermaier, Reyscher, Runde y Wilda (63); los filólogos Ernesto Mauricio Arndt, Jacobo y Guillermo Grimm, Mauricio Haupt, Lachmann y Uhland (64), y los historiadores Dahlmann, Gervinus, Lappenberg, Pertz, Adolfo Schmidt y Ranke (65). Fué elegido Presidente por unanimidad, á propuesta de Uhland, Jacobo Grimm, «á cuyas manos, como

decía el poeta al apoyar su proposición, convergen desde hace tantos años los hilos de la ciencia histórica alemana, y de cuyas manos han salido por vez primera algunos de ellos, como, por ejemplo, las hebras doradas de la poesía, que supo entretejer con relación al Derecho alemán en aquella misma ciencia, juzgada en otro tiempo tan árida (66).» Se formaron tres secciones, que en Francfort atendieron, en unión con la Asamblea plena, á los debates especiales (67); pero como la iniciativa había partido del jurista Reyscher, los jurisconsultos conservaron una posición directora. El examen de las cuestiones propuestas por ellos, reclamó ya en la Asamblea de Francfort un interés preferente (68), y en Lubeck, donde á petición de Gervinus se disolvieron las secciones (69), relegó por completo al segundo término la discusión sobre las otras materias (70). Así, pues, los campeones del Derecho alemán llevaron su combate con los romanistas ante un Tribunal de sabios, que pasaba por ser el representante de la ciencia alemana toda, y que la opinión pública excitada consideraba como el *Landtag* (*) intelectual de los Estados alemanes (71).

La pretensión de los germanistas reclamando la nacionalidad del Derecho estaba ligada indisolublemente con la opinión nacionalista. Abrió el camino en este sentido la distinción expuesta por Beseler, y

(*) Dieta ó estados generales.—*(N. del T.)*

combatida por la Escuela histórica, entre el Derecho nacional y el Derecho de los juristas. Beseler demostró la posibilidad de una discordia entre la conciencia jurídica del pueblo y la de los jurisconsultos, y que esa discordia estalló entre nosotros á partir de la recepción; que el Derecho extranjero ha penetrado de un modo considerable sólo en cuanto Derecho de los juristas; pero junto á él se conserva el Derecho patrio como Derecho nacional, y que muchas ideas jurídicas adormecidas en la conciencia popular, sólo esperan que alguien las despierte para comunicar á nuestro Derecho nueva y fresca vida. Sus contrarios tacharon á los germanistas de populachería y fanatismo obscuro; pero, como es natural, no descendieron á comprobar cuán poco concuerdan la doctrina romanista dominante y las convicciones jurídicas del pueblo alemán en relación á los puntos de mayor importancia, ni cuán profundamente arraiga todavía en el espíritu nacional la concepción jurídica germana. Mittermaier había demostrado todas estas cosas con gran claridad en la primera Asamblea de los germanistas (72). Estos, al mismo tiempo, como tendían á la restauración de la nacionalidad del Derecho sobre la base germana, propusieron la cooperación del pueblo en la legislación y la administración de justicia (73).

Frente al historicismo parcial, los germanistas tomaron una dirección esencialmente práctica. Aspiraban á un estudio serio del pasado del Derecho ale-

mán; pero la investigación histórica era para ellos, antes que otra cosa, el medio de dar al Derecho alemán del presente una base más sólida y más profunda. Por eso la *Revista para el Derecho alemán* atendió igualmente desde un principio á la historia y á la dogmática y se mantuvo fiel en todos sus tomos á su plan fundamental, mientras, por el contrario, la *Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico*, en el fondo, nunca pasó de ser una *Revista* de historia del Derecho, y, últimamente, de antigüedades jurídicas (74). Trataba aquélla de refutar *in complexu*, con el auxilio de la historia del Derecho, la teoría de la recepción (75); de probar la vigencia de un Derecho común privado alemán de igual categoría que el Derecho romano, y de descubrir el fundamento común nacional de los Derechos particulares, sin exceptuar los grandes Códigos (76); pero al mismo tiempo aspiraba á reconstruir con su propio espíritu los institutos del Derecho patrio, á otorgar su propia substancialidad á los conceptos jurídicos alemanes, y á sorprender la fuerza de las ideas germánicas en el Derecho moderno (77). Y en su consecuencia, pretendió también que en los estudios universitarios y en los exámenes tuviese el Derecho alemán un puesto proporcionado á su importancia para la vida del presente (78). Pero lo que dió al movimiento el impulso más fuerte, fué su tendencia con respecto al porvenir. Los germanistas vieron siempre en su tra-

bajo una actividad dispuesta para la creación de un Derecho alemán único sobre base germánica. Concibieron el pensamiento de las asambleas germanistas, al decir de Jacobo Grimm, «como maestros del Derecho alemán, que no sólo viven á expensas del pasado y del presente, sino que tratan de afirmar su dirección en el futuro (79).» De aquí que trataran de poner estas mismas asambleas al servicio de la legislación común alemana. El plan de la codificación, rechazado por la Escuela histórica (80), volvió á interesar vivamente, y en Lubeck todos estuvieron acordes en la conveniencia de formar un Código civil y un Código penal alemanes (81). Se discutía únicamente, si la razón era oportuna, por dónde debía empezarse y en qué forma era posible la colaboración de la ciencia. Los más celosos campeones del germanismo encarecieron la necesidad de una pronta acción; el primero de todos Mittermaier, é inmediatamente Christ, que reputó vana esperanza la de que llegasen á subsistir en condiciones de igualdad el Derecho germánico y el Derecho romano, y saludó «la espada de la ley» como el único recurso en la situación angustiosa á que nos redujera la recepción (82). Por último, la Asamblea de Lubeck nombró, á propuesta de Mittermaier, una Comisión para que formase inmediatamente un proyecto de ley sobre el Derecho alemán de bienes matrimoniales (83).

Uno de los rasgos más característicos del movimien-

to germanista consistió en que éste, á pesar de proceder del campo del Derecho privado, se ocupó al mismo tiempo y cada vez con más energía del Derecho público. Nada en realidad tan profundamente arraigado en las ideas jurídicas germanas, como la unidad intrínseca de Derecho privado y Derecho público. Desde que Eichorn volvió á hacerla patente—y en esto consiste principalmente su grandeza histórica,—la ciencia del Derecho alemán no podía ya perder su enlace con la teoría política y administrativa. Por eso los germanistas extendieron desde un principio al Derecho público su pretensión de que se renovase la vida jurídica con el espíritu nacional y popular. El progreso de la vida alemana, decía Beseler en 1840, no sólo ha de rejuvenecer el Derecho privado, sino todo el Derecho (84). Y por este camino apenas hubo cuestión de actualidad en asuntos de carácter público que no se llevase ante el Tribunal de los germanistas. La *Revista para el Derecho alemán* se ocupó con mucha frecuencia de las controversias reinantes en el Derecho político (85), y las asambleas germanistas fueron también arrastradas irresistiblemente al Derecho público. En Francfort la primera sesión se dedicó exclusivamente á la cuestión del Schleswig-Holstein, cuyo examen promovió Beseler: aquí y en Lubeck se discutió acerca de la emigración y el mantenimiento de la influencia alemana en el extranjero (en especial mediante la fundación de escuelas alemanas), y, sobre

todo, acerca de la historia, valor é introducción del Tribunal del Jurado, cuyo asunto consumió en Lubeck muchas sesiones, y en la sesión de clausura de Lubeck se habló de un Derecho municipal común alemán (86). Así, pues, es innegable que el movimiento pasó deslizándose sobre la cuestión política. Cierto que el debate sobre el Schleswig Holstein se mantuvo en los límites de una discusión de Derecho público, y que se eludió una proposición disonante de Reyscher para no descomponer el cuadro de un Congreso científico (87); pero, esto no obstante, tras de la tranquilidad forzada era visible la llama del entusiasmo patriótico. Jacobo Grimm abrió la segunda sesión con estas palabras: «La Asamblea se consagró ayer á un objeto que reclamaba con vehemencia nuestra atención: era un peso que debíamos quitar de nuestros corazones (88).» Y Uhland experimentaba la impresión de que los Emperadores querían salir de sus retratos y marchar hacia los congregados para animarlos ó contenerlos con sus miradas (89). Más claramente todavía navegó la Asamblea de Lubeck por el canal de la política. Y fué como si presintiese el soplar del viento que debía desencadenar la tempestad en la próxima primavera. Inmediatamente, y al tratarse de la primera proposición sobre el elemento nacional en la historia del Hansa, el orador, Profesor Wurm de Hamburgo, habló de la urgencia de la comunidad alemana; designó la unión aduanera como «la precursora de la unidad

de Alemania,» y pronunció las siguientes palabras: «Hablo de lo que debe traernos el futuro, de lo que no tengo ningún escrúpulo en nombrar ante un círculo de hombres alemanes: del Parlamento alemán (90).» Y el Parlamento vino. Ahora bien: la resolución tomada en Lubeck de celebrar en Nuremberg en el otoño de 1848 una nueva Asamblea germanista (91), quedó sin realizar; pero ya antes de esa fecha los hombres que convocaran y dirigieran las asambleas germanistas se habían encontrado en número considerable en la iglesia de San Pablo (92). Fueron ellos precisamente quienes, en el poderoso influjo de su acción, imprimieron á la dieta imperial de Francfort el carácter de un Parlamento de profesores; bien es verdad que también eran ellos quienes habían conseguido al profesorado de aquella popularidad que explica el que la nación, al constituir el Estado alemán, creyese de su deber convocar, en primer término, á sus guerreros espirituales. Combatieron durante mucho tiempo en pro del Derecho constitucional alemán, y á su nombre va unido el glorioso recuerdo de aquella resistencia opuesta por los profesores de las Universidades alemanas á la infracción de la Constitución en Hannover y á la violación del Derecho alemán en Schleswig-Holstein (93). Por eso la reunión de la iglesia de San Pablo pareció á muchos una continuación de las asambleas germanistas.

Jacobo Grimm ha unido á su ejemplar, preciosa-

mente encuadernado, de los debates de Lubeck, un papel en que copia por su propia mano el título de la obra de C. Hinrischen: *Los germanistas y el proceso de la historia* (*Die Germanisten und die Wege der Geschichte*): Copenhague, 1848; y anota, tomándolas del prólogo, las siguientes palabras, llenas de enojo: «Ahora precisamente empiezan á madurar en Alemania los frutos del germanismo. Bien mirada la dieta imperial de Francfort, no es más que una continuación de las anteriores asambleas germanistas, tal como se celebraban, por ejemplo, en Lubeck; sólo que son políticas y ejecutivas á la vista de todo el mundo, y antes lo fueron hipócritamente (94).»

Por su dirección política, los impugnadores germanistas de la soberanía del Derecho romano pertenecían al grupo liberal. Es completamente infundada la creencia de que pusieran especial empeño en la vuelta á las formas ya fenecidas del antiguo Derecho, ó cuando menos en la conservación de aquellas instituciones germánicas heredadas contra las cuales se pronunciaba la corriente de los tiempos. Por el contrario, el mismo bando enemigo les acusó de abandono con respecto al puro Derecho germánico. Gerber, en 1850, aludiendo claramente á la acción de los germanistas en San Pablo, llegó á afirmar que esta dirección, que pretendía ser la defensora de la nacionalidad y se arrogaba el derecho de juzgar á los romanistas, trataba de despojar al Derecho alemán de toda indivi-

dualidad nacional, y de desarraigar apasionadamente las ideas jurídicas nacidas de las entrañas del pueblo alemán, siendo los menos los que se daban cuenta de que de este modo se destruirían los límites opuestos por la individualidad de la vida alemana al imperio general del Derecho romano abstracto (99). Por injusta que fuese esta acusación (100), siempre resulta notable que los germanistas de tendencia más conservadora ó antipolítica (101) no tomaran parte en el combate contra la escuela de Savigny, y que el comienzo de la reacción á favor del Derecho romano en el campo de la jurisprudencia germanista coincidiera con la reacción política. El jefe de esta tendencia fué precisamente Gerber (102), que no quería de ningún modo ver atacada la firmeza exterior del Derecho alemán establecido, pero que rechazaba toda formación independiente y con carácter germánico de las ideas jurídicas. No sólo veía en la adopción del Derecho romano en otro tiempo—cuyo acto constituía para él una prueba patente del espíritu previsor del pueblo romano—el cumplimiento de una misión providencial reservada á los germanos, sino también en el término de la recepción, llevado á cabo por Savigny y Puchta, la regeneración del Derecho romano como un Derecho alemán bueno y nuevo para regir de aquí en adelante. Y el *Sistema* de Puchta, sobre todo, le pareció el hecho decisivo del espíritu germánico á que se debe la transformación del Derecho ro-

mano en Derecho alemán. Toda resistencia opuesta por los germanistas á los romanistas, la reputaba desde este momento tan tardía como fuera de sazón en la actualidad: un sermón contra los turcos. A su entender, el problema para los germanistas consistía en hacer penetrar en el elemento germánico aquella superior cultura romanista, á fin de procurar á las ideas jurídicas nacidas de nuestra propia vida nacional igual valor espiritual y científico (103). Sólo que un médico semejante, con su sistema de curación por las Pandectas, mataría el alma germánica en el Derecho alemán; y si llegase á formar escuela, allí donde juzgase cumplida la obra por los suyos, sería, según la expresión de Brunner, el enterrador de la intuición jurídica alemana (104). Se evidenció con esto que el porvenir del Derecho germánico estaba subordinado al éxito de aquella dirección, que tendía menos á conservar las formas antiguas que á rejuvenecer las ideas jurídicas patrias, y que, precisamente por esta causa, no podía abandonar el combate contra las usurpaciones del romanismo.

Esta obra hubiera sido admirable sin la enemistad excesiva contra el Derecho romano que se produjo en el calor de la pelea. Aquellos juicios sobre el Derecho romano, siempre inadmisibles, que emitieran un tiempo Thomasio y otros maestros del Derecho natural, y aun del mismo romanista Thibaut, resultaban inconcebibles en boca de los germanistas, hombres educa-

dos en el sentido histórico. Claro es que ellos rechazaban únicamente el elemento extraño del Derecho romano; pero de muchas de sus manifestaciones podía deducirse que la recepción debía quedar sin efecto; que ningún elemento del Derecho extranjero había penetrado realmente en nuestra conciencia jurídica, y que sólo mediante la exclusión total del Derecho romano podría bastarse á sí mismo el espíritu nacional. Jacobo Grimm expresó en cierto modo su disentimiento, cuando dijo, en la primera Asamblea germanista: «Arrojar violentamente de nuestro seno el Derecho romano, habiendo vivido tanto tiempo entre nosotros y estando toda nuestra concepción jurídica tan íntimamente enlazada con él, me parece un purismo excesivo y tan intolerable como el de un inglés que, suponiendo que la cosa fuere posible, pretendiese separar las palabras latinas de las inglesas y conservar únicamente las teutónicas (105).» Acerca de la antítesis irreconciliable entre Derecho germano y Derecho romano, y en especial sobre la naturaleza de esta antítesis, se hicieron como de pasada algunas observaciones, que hoy día nos causan extrañeza (106); pero no nos admira menos ciertamente el que, frente á ellas, llegase á decir Jacobo Grimm que la diferencia entre algunos Derechos germánicos, tronco de otros varios, como por ejemplo el frisón y el alemánico, no es menor que la existente entre el Derecho romano y el Derecho alemán (107). No sin alguna razón, por

tanto, se sintieran heridos personalmente los romanistas, mucho más no habiendo sido invitados expresamente á las asambleas (108), y reprocharon á los germanistas el que la manera de emprender su acción tuviese, cuando menos, la apariencia de una declaración de guerra al cultivo científico y práctico del Derecho romano; el que no reputasen jurisconsultos alemanes á los hombres á quienes su vocación inclinaba á este cultivo, haciéndolos sospechosos de falta de patriotismo, y el que despertasen de este modo en la juventud aversión al estudio de las Pandectas, impuesto, sin embargo, por el Estado y llenasen de desconfianza á la nación respecto de aquel mismo Derecho que los Tribunales tenían que aplicar (109). Un examen libre de prejuicios nos muestra, sin embargo, la sensatez de los germanistas, aun en los momentos de mayor exaltación. Respondieron siempre que no pretendían de ningún modo la exclusión de aquellos elementos del Derecho romano realmente aceptados por nuestra conciencia jurídica, y que habían llegado á ser propios nuestros; que no desconocían en lo más mínimo el valor del Derecho romano como modelo de una gran creación jurídica, ni pensaban, por tanto, en arrojar á la juventud de las aulas de sus profesores romanistas; que existían verdaderas antítesis, y que éstas debían luchar sin falsos sentimentalismos; pero que el combate tocaba solamente á los principios, no á las personas (110).

Y por este camino llegaron en Lubeck á una especie de tratado de paz con los romanistas asistentes, cuyos oradores, von der Pfordten y Wächter, se afirmaron con entusiasmo en su concepción romanista; pero reconocieron la rectitud de las aspiraciones germanistas (111). Como es natural, no se trataba de una completa reconciliación de la antítesis. Que así era, se vió muy claro cuando, habiendo dicho, por ejemplo, von der Pfardten que, en lo relativo á las cosas, el *Corpus iuris* podía considerarse como un Código vigente, y que en esto todos estaban conformes, le respondió Beseler, de un modo inequívoco, que él precisamente lo negaba (112). Fué más tarde cuando los romanistas de mayor importancia, con nuestro Dernburg á la cabeza, desaprobaron manifiestamente la recepción *in complexu*. Los romanistas, entre tanto, mantuvieron su opinión de que debemos á los romanos, al menos por lo que toca al Derecho privado, el elemento común humano, que está por encima del nacional, mientras Beseler pensaba que no necesitamos buscarlo entre los romanos (113). Pero los dos oradores romanistas concedieron que la recepción había resultado dañosa por su exceso, como lo prueba especialmente la historia de nuestro Derecho público (114). Más adelante, no sólo otorgaron al Derecho patrio una posición de igual importancia, sino también la facultad de formar con autonomía sus propias ideas, y rechazaron el que se violentasen las figuras

del Derecho alemán con analogías romanas (115). Y se manifestaron conformes con los germanistas en cuanto al gran fin que éstos se proponían, á saber: la formación de un Código alemán, del cual esperaban la reconciliación de todas las antítesis en una suprema armonía (116).

Ahora bien: hubo ciertamente romanistas que se apartaron desde un principio de los extravíos de la Escuela histórica y caminaron por nuevos senderos. Antes que todos, Kierulff emitió sin rodeos la opinión concluyente de que el Derecho vivo en Alemania no era el romano, sino un Derecho sustantivo, nacido de raíces romanas y germánicas, y que debía estudiarse en sí mismo (117); y por primera vez Carlos Jorge von Wächter estudió con toda profundidad científica la formación del Derecho alemán moderno en algunas regiones, y la expuso de un modo figurativo (118). Desde entonces, han sido muchos los romanistas que, como legítimos discípulos de la Escuela histórica, han cultivado el Derecho vigente con espíritu verdaderamente histórico (119). Unicamente con su colaboración—pues las fuerzas germanistas por sí solas no hubieran bastado nunca,—fué posible la inteligencia completa del Derecho común, y, sobre todo, la conquista que representan los nuevos Códigos. Y la vivificación espiritual del Derecho prusiano mediante su inclusión en el gran sistema histórico, fué también la obra de un romanista que la

Universidad de Berlín se enorgullece de contar entre los suyos.

Renuncio á seguir el curso ulterior de la lucha entre la jurisprudencia germanista y la romanista. Desde que la avalancha de 1848 anegó la contienda de los sabios, todo movimiento común desapareció en el empantanamiento siguiente de la vida pública, y la lucha fué cada vez más silenciosa y se redujo más cada vez á una serie de combates particulares. A partir de este punto, las tendencias opuestas y no conciliadas volvieron á pelear duramente bastantes veces; pero no se llegó nunca —bien es verdad que tampoco volvió á sentirse la angustia nacional pasada— á una división de los juristas alemanes en dos bandos enemigos. Antes al contrario, la convicción dominante fué la de que romanistas y germanistas estaban llamados á cooperar desde distintos terrenos, pero mediante un trabajo común, á la formación del Derecho nacional. En este sentido, unos y otros volvieron á unirse para la fundación de Revistas destinadas á servir, ya á la dogmática de ambos Derechos, ya, como la *Revista para la historia del Derecho* fundada en 1861, á la investigación del pasado en ambas esferas jurídicas (120). Y en el mismo sentido se creó en 1860 la Dieta ó Congreso alemán de juristas, en el cual, hasta ahora, se han juntado siempre los representantes de la jurisprudencia romanista y germanista con los jurisconsultos prácticos, para emplear sus fuerzas reunidas

en pro del porvenir del Derecho nacional. No fué mera casualidad el que en el mismo año anunciase su terminación la *Revista especial para el Derecho alemán*, y su canto de muerte estuviera consagrado al primer Congreso de juristas alemanes. El autor, Reyscher, el mismo que un tiempo creara la *Revista* y animara las Asambleas, unió ahora su ojeada retrospectiva sobre el movimiento germanista con su saludo á la nueva creación. No fué del todo de su agrado el que el Congreso de jurisconsultos, en oposición á las Asambleas germanistas, excluyera de sus deliberaciones—por motivos de prudencia, creía él—el Derecho político, el eclesiástico y el internacional. Le consolaba, sin embargo, el que fuese precisamente la unión nacional alemana constituída en 1859, y á la cual, por su parte, contribuyó tanto como el primer wurttembergués, quien excluía de la Dieta de juristas la cuestión político nacional. Y asintió gozoso al pensamiento de que la legislación nacional se preparase con el concurso de todos los juristas alemanes (121).

Todavía volvió á inflamarse la contienda entre las opiniones romanista y germanista cuando se aproximó por fin el día del cumplimiento de tantas aspiraciones y se puso en discusión hasta qué punto el Código civil del Imperio alemán debía ser romano ó germánico. Y como el primer proyecto no otorgara al Derecho patrio el puesto preferente que le era debido, el combate se inició nuevamente por parte de

los germanistas. Desde que recayó la resolución, reposan las armas; y aun aquellos mismos que piensan que el Código, si bien contiene más Derecho alemán que el proyecto, no está, sin embargo, tan penetrado del espíritu alemán como nuestro pueblo tenía derecho á esperar, no tratarán seguramente de renovar el combate por un hecho consumado ya. Se ha encontrado el terreno común de la jurisprudencia alemana.

Sin embargo, dentro de la ciencia, la separación entre romanistas y germanistas no ha desaparecido ni puede predecirse todavía cuándo desaparecerá. El nuevo Derecho privado, uno, se expone ciertamente con unidad, y ya no cabe, como sucedía con el antiguo Derecho común, que se disuelva en sus elementos romano y germánico. Pero seguimos manteniendo un doble fundamento científico, y además, en la enseñanza académica siempre hacemos pasar á nuestros oyentes, del Derecho romano y germánico al Derecho vigente. Sólo así creemos posible la completa inteligencia del Derecho moderno, cuyas raíces entierran tan profundamente en aquellos dos mundos jurídicos. Y por eso, mientras tanto no advenga el super-hombre jurista, el cultivo científico de Derecho romano y Derecho germánico seguirá requiriendo fuerzas divididas. Debería, por tanto, la jurisprudencia alemana descender de sus alturas, renunciando al examen total de las fuentes. Este sería de aquí en adelante el trabajo propio de romanistas y germanis-

tas. Y por unidos que estuviesen en cuanto al fin á que obedece su división del trabajo, la oposición subsistiría y volvería á manifestarse en el cultivo del nuevo Derecho civil. Los romanistas seguirían aplicando, hasta donde fuese posible al Derecho vigente, la suprema maestría del arte jurídico romano. Los germanistas, por el contrario, no renunciarían á mantener el propio temperamento de las ideas jurídicas alemanas, y desenvolverían en forma nacional el contenido germánico de nuestro Derecho. Y así, en el terreno común del Derecho legal, uno, la lucha continuaría. ¡Sin lucha no hay vida!

Pero esa prodigiosa herencia del pasado romano y germánico, ¿no será acaso un lastre inútil con que agobiamos nuestro navío? ¿No deberíamos tal vez dejar á un lado y considerar en sí mismo el Derecho vigente, pura y simplemente como la expresión de las concepciones y necesidades de nuestra época? Por ventura, ¿el trabajo sobre el *Corpus iuris* y el *Espejo de Sajonia,* no quedará reducido con el tiempo á un estudio bueno para los amantes de lo antiguo, como, por ejemplo, el del Código de Hammurabi, pero que debe excluirse de la enseñanza actual del Derecho?

Unicamente puede responder de un modo afirmativo á estas preguntas quien haya roto, no ya con las doctrinas especiales de la Escuela histórica, sino con su concepción fundamental.

A la Escuela histórica no le ha faltado nunca, ni

habrá seguramente de faltarle, un contradictor en lo fundamental (122). Entre ella y el radicalismo, que no puedo concebir de otro modo que como la doctrina del Derecho natural, reina necesariamente una enemiga de muerte. Por otra parte, la hostiliza el positivismo escueto, para el cual el Derecho está en el texto legal vigente, y la administración de justicia es un asunto de técnica mecánica. Pero también, y aparte de estas direcciones que en el fondo no pueden llamarse científicas, han surgido entre los mismos juristas alemanes, educados en un sentido altamente científico y hasta histórico, nuevos impugnadores de la Escuela histórica (123). Y como entre ellos apenas se encuentran germanistas, y sí, por el contrario, romanistas importantes, esto puede explicarnos el que en el fondo hagan siempre una excepción á favor del Derecho romano como *ratio scripta* (124). En estos términos, la contienda tiene sin comparación mucha mayor importancia para el presente que la lucha doméstica entre la jurisprudencia romanista y la germanista. No puedo, sin embargo, ni relatar su curso, ni distinguir y juzgar las dos direcciones enemigas. Sólo diré que no se trata aquí de una oposición entre los dos puntos de vista filosófico é histórico (125). Cierto que la consideración histórica del Derecho debe completarse con la concepción filosófica de su fundamento, esencia y finalidad. Pero la verdadera filosofía del Derecho sólo es posible sobre base histórica (126). Por

el contrario, todo cultivo filosófico del Derecho que abandone el terreno propiamente histórico, corre el riesgo de degenerar en racionalismo y entrar contra toda resistencia en las vías del Derecho natural. Lo confirman especialmente los últimos ensayos emprendidos para construir, en un apartamiento conscio de la Escuela histórica, una teoría del Derecho basada sobre Kant (127).

Frente á ella hemos de mantener las grandes conquistas de la Escuela histórica. No podemos renegar de ningún modo de aquel hecho del espíritu alemán, á que debe nuestra jurisprudencia su fuerza intrínseca y su influjo universal. Queremos, por el contrario, gobernando el sistema actual con el pasado, librar á la ciencia jurídica alemana de aquella postración que suele seguir con tanta facilidad á la codificación. Y así, en un porvenir remoto, no tendremos que aprender nuevamente lo que nos haga falta de otras naciones que renovaron su jurisprudencia siguiendo el modelo alemán. Tampoco queremos ahorrar á nuestra juventud en la enseñanza académica el trabajo afanoso que requiere una seria preparación histórica, por superfluo que pueda parecer á la cómoda superficialidad. Por esto, precisamente, suponemos dotados á los jóvenes juristas de una educación clásica, y desde que en Prusia sin previa consulta nos han obligado á recibir alumnos del Gimnasio real y hasta de las Escuelas reales superiores, esperamos de ellos que, á lo

menos, vendrán provistos del bagaje clásico indispensable. Cierto que el estudio del Derecho debe preparar para la profesión práctica; pero los jurisconsultos no podrán llenar su misión como órgano jurídico del pueblo en las distintas aplicaciones en que están llamados á crear y realizar el Derecho, si no entran en el desempeño de sus tareas con aquella libertad espiritual que únicamente se alcanza con el dominio científico de la materia. Y la inteligencia científica del Derecho, no se logra sin un profundo conocimiento histórico. Podrá el antiguo estudiante olvidar, con el transcurso de un largo plazo y en la premura impuesta por el ejercicio de la judicatura, la abogacía, la procura y los cargos administrativos y municipales, el detalle de lo que aprendió en la Universidad sobre Derecho romano y Derecho germánico; pero le quedará siempre aquella educación del espíritu que estos estudios le procuraron, y que es lo que ha de determinar la dignidad de su obra. No en vano habrá bebido en las antiguas fuentes del pasado, eternamente jóvenes; no en vano habrá penetrado en los talleres donde las generaciones pasadas modelaron su obra para la posteridad. Y en cuanto más vivamente haya comprendido la naturaleza histórica del Derecho, tanto más fiel será en la custodia que le está confiada del tesoro del Derecho vigente, y con tanta mayor competencia contribuirá á su perfeccionamiento. Por eso, cuando enarbolamos la bandera desplegada por

Savigny y Eichorn, no sólo creemos consagrar un cuidado especial á la ciencia, sino también, y al mismo tiempo, servir á la vida del Estado y la Nación. ¡Creemos robustecer las fuerzas que han conservado la salud del organismo nacional y contribuir á la prosperidad del Derecho alemán en el presente y en el futuro!

NOTAS (*)

(1) De la literatura sobre Federico Carlos von Savigny (1779-1861), hemos utilizado principalmente en este trabajo: Arndts, *Revista crítica trimestral (Krit. v. Schr.)*, IV, 1 y sigs. (1862).—Rudorff, *Revista para la historia del Derecho* (*Z. f. Rechtsgesch.*), II, 1 y sigs. (1862).—Anónimo, *Pernice, C. F. v. Savigny, Stahl:* Berlín, 1862, págs 43 y sigs.—L. Goldschmidt, *Relación (Vortrag*, 1864); *Miscelánea (Vermischte Schriften)*, tomo I (Berlín, 1901), págs. 619 y sigs.—Von Bethmann-Hollweg, *Revist. p. la hist. del Derecho*, VI, 42 y sigs. (1867).—Discursos y escritos encomiásticos para el centenario en Enero de 1879: resumen y exposición de Brinz en la *Revist. crít. trimestral,* XXI, 473 y sigs.; XXII, 161 y sigs.—Stölzel, *Derecho administrativo y constitución jurídica del Brandemburgo.— Prusia* (*Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung u. Rechtsverfassung:* Berlín, 1888), II, 527 y sigs.—Landsberg, *Biografía general alemana* (*Allg. Deut. Biographie*), XXX, 425 y sigs. (edición aparte: Leipzig, 1890).

(*) Una vez citado en alemán y en español el título de un libro ó revista, en las citas sucesivas lo doy únicamente en español. En cambio, en algunas obras omito por innecesaria la traducción española. Así sucede con la obra de Frensdorff, *Karl Friedrich Eichorn* (nota 2), y alguna otra.—(*N. del T.*)

(2) Sobre Carlos Federico Eichorn (1781-1854), véanse: von Richthofen, *Ojeada crítica* (*Krit. Überschau*), II, 321 y sigs.; *Diccionario político de Bluntschli (Bluntschlis Staatswörterb.)*, III, 327 y sigs.—Mohl, *Historia y literatura de la ciencia política* (*Die Geschichte und Literatur des Staatswiss.*), II (1856), págs. 593 y sigs.—Reyscher, *Revista para el Derecho alemán* (*Z. f. deut. R.*), XV (1855), págs. 436 y sigs.—P. Roth, *Revist. p. la hist. del Derecho*, I, 10 y sigs.—Brunner, *Anales prusianos* (*Preuss. Jahrb.*), XXXVI (1875), págs. 22 y sigs.—Frensdorff, *Biograf. general alem.*, IV, 469 y sigs.; *Karl Friedrich Eichorn:* Göttingen, 1881.—Siegel, *Para la memoria de Carlos Federico Eichorn (Zur Erinnerung au K. F. Eichorn:* Wien, 1881).—A. Franken, *Romanistas y germanistas (Romanisten und Germanisten:* Jena, 1882).—Von Schulte, *Karl Friedrich Eichorn:* Stuttgart, 1884.

(3) Sobre Juan Federico Göschen (1778-1837), que tanto influyó en Berlín de 1811 á 1822, véase Steffenhagen, *Biograf. general alem.*, IX, 403.

(4) Cuando advierte en la *Vocación* (*Beruf unseres Zeit*, etc.), pág. 15: «Era de esperar que este ejemplo pasara desapercibido para los jurisconsultos, pues no fué un jurista profesional, ni dió lecciones, ni ha escrito tratados.» Sobre Justo Möser (1720-1794), cuya *Historia de Osnabrück* se publicó en 1768, y cuyas *Fantasías patrióticas* (*Patriotische Phantasien*) aparecieron de 1775 á 1786, véanse: Wegele, *Biograf. general alem.*, XXII, 385 y sigs.—Roth, *Revist. p. la hist. del Derecho*, I, 8 y sigs.—V. además Landsberg,

que en su *Historia de la ciencia jurídica alemana* (*Geschichte der deut. Reschtswiss.*), III, págs. 1, 496 y siguientes, lo califica de «antepasado de la Escuela histórica.»—Finalmente, Ehrenberg, *Significación de Herder en la ciencia del Derecho* (*Herder Bedeutung für die Rechtswissenschaft*), discurso conmemorativo pronunciado en Göttingen el 27 de Enero de 1903, página 17.

(5) *Vocación*, pág. 14, y *Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico (Z. f. gesch. Reschtswiss.)*, IX, 421 y sigs.—Savigny oyó las lecciones de Hugo en una sola ocasión; Rudorff, loc. cit.—Sobre Gustavo v. Hugo (1764-1844), cuya influencia empieza tal vez en 1788, véanse: Eyssenhardt, *Para la memoria de Gustavo Hugo (Zur Erinnerung an G. Hugo:* Berlín, 1845).—Mejer, *Anales prusianos*, XLIV, 457 y sigs., y *Biograf. general alem.*, XIII, 321 y sigs.—Singer, *Revista para el Derecho actual privado y público* (*Zeitschr. für das Privat und öff. R. der Gegenw.)*, XVI, 273 y sigs.

(6) Entre los juristas destaca Landsberg, loc. cit., págs. 498 y sigs.; Juan Federico Reitemeier (1755-1839), y Cristián Deogracias Biener (1748 á 1828). Reitemeier, á quien Landsberg llama «inmediato precursor» de la Escuela histórica, expone en su *Enciclopedia é historia de los Derechos de Alemania* (*Encyklopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland:* Göttingen, 1875) el punto de vista histórico; pero trata de ponerlo en armonía con las concepciones del Derecho natural, mientras que Möser y Hugo las combaten. Biener, cuyos *Commentarii de origine et*

progressu legum juriumque Germanicorum aparecieron de 1787 á 1795, impulsó eficazmente la historia del Derecho alemán; pero no entró en la lucha de los principios. También prepararon el terreno los profesores alemanes de Derecho político y muchos historiadores y filólogos.

(7) V. Ehrenberg en el discurso citado en la nota 4. Inmediatamente después del trabajo de la juventud de Herder, *Una nueva filosofía de la historia para la educación de la humanidad (Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit*, 1774), se ofrece á nuestra consideración la primera parte de sus *Ideas para la filosofía de la historia de la humanidad* (*Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, 1784-1786). Además de Stintzing y Treitschke, á cuya apreciación sobre la importancia de Herder en la ciencia del Derecho se refiere Ehrenberg en su nota * á la pág. 6, von Bethmann-Hollweg principalmente, ha sostenido con energía (*Revista p. la hist. del Derecho*, VI, 43) que el genio creador de quien realmente proceden las ideas de Savigny, es Herder.—V. también Lasson, *Sistema de filosofía del Derecho* (*System der Rechtsphilosophie:* Berlín y Leipzig, 1882), pág. 18. Sobre la influencia de Herder en Eichorn, v. Schulte, loc. cit., pág. 111, nota 22. Cuán fuerte fué el impulso que la obra de Montesquieu sobre el espíritu de las leyes, publicada en 1848, dió á los fundadores de la concepción histórica en el Derecho, lo muestran las referencias de Möser, Reitemeier, Herder, Hugo y Savigny; v., no obstante, Singer, loc. cit., págs. 277 y sigs., y Ehrenberg, loc. cit., páginas 13 y sigs. Es bien conocida la influencia de Ber-

toldo Jorge Niebuhr (1776-1831) sobre Savigny; véase Nissen, *Biograf. general alem.*, XXIII, 646 y siguientes, especialmente pág. 652. El primer tomo de su historia romana apareció en 1811.

(8) *El Derecho de la posesión* (*Das Recht des Besitzes*) apareció en 1803, y el primer tomo de la *Historia alemana política y jurídica* (*Deutschen Staats und Rechtsge schichte*) en 1808.

(9) El folleto de Antonio Federico Justo Thibaut (1772-1840), *Sobre la necesidad de un Código civil general para la Alemania* (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland:* Heidelberg, 1814), se desenvolvió por completo en el círculo de las ideas del Derecho natural. Sobre Thibaut, v. Landsberg, *Biograf. general alem.*, XXXVII, 737 y sigs. Savigny rechazó también la proposición de Carlos Ernesto Schmidt (1774-1852) en su *Regeneración de Alemania* (*Deutschlands Wiedergeburt:* Jena, 1814), de que se introdujese provisionalmente en toda Alemania el Código civil austriaco.

(10) *Vocación*, pág. 30.

(11) En el artículo *Opiniones á favor y en contra de los nuevos Códigos (Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*), escrito en 1816; publicado en la *Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico,* III, 1 y sigs., y reimpreso como apéndice á la segunda edición del folleto *Sobre la vocación de nuestro tiempo*, hecha en Enero de 1828, págs. 163

y sigs., pág. 12 (169). La observación va dirigida contra Feuerbach, que en el prólogo á la obra de Nepomuceno Borts, *El cargo de la prueba en el procedimiento civil (Die Beweislast im zivilprozess*, 1816), pág. XVII, había manifestado que la historia nada tiene que ver con la investigación del Derecho existente vivo en el pueblo. «La historia explica cómo algo ha llegado á ser lo que es: cómo sea y lo que sea este algo no lo enseñará la historia; lo que pertenece á la historia ha muerto ya para la vida.» Savigny aduce en apoyo de su tesis lo que el mismo Feuerbach había dicho en su obra *Filosofía y empirismo* (*Philosophie und empirie:* Landshut, 1804), pág. 43, sobre la necesidad de atender al Derecho del pasado para comprender el Derecho del presente. «En el pasado de hace millares de años, está el germen de la legislación que nos rige en la actualidad. La semilla tiene que perecer para que se forme el fruto; pero ¿puedo acaso concebir la existencia del fruto sin remontarme de su sér actual á su formación y de su formación al fundamento primero de su vida? Sólo el vulgo se queda embobado ante lo que existe, sin ver ni querer ver más allá: el cómo y el por qué queda reservado á los hombres superiores.» Sobre Pablo Juan Anselmo Feuerbach (1775-1823), v. Geyer, *Revist. crít. trimestral*, XVIII, 255 y sigs.—Marquardsen, *Biograf. general alem.*, VI, 731 y sigs.—V., además, Bechmann, *Feuerbach und Savigny*, discurso rectoral de Munich en 1894, donde, prescindiendo de lo particular, describe tan sólo la antítesis general, y concluye atrevidamente «que el espíritu de Feuerbach ha triunfado en definitiva sobre el de Savigny» (página 19).

(12) Claro es que esto no significa que perdiera su poder sobre el pensamiento popular, ni que dejaran de mantenerse ó renovarse científicamente las ideas del Derecho natural. Pero esta teoría, que ha continuado en abierta oposición á la Escuela histórica, tal como se formó principalmente bajo el influjo de Kant, tenía que buscar un punto de enlace con la concepción histórica del Derecho. Sobre el proceso ulterior del Derecho natural, v. especialmente K. Bergbohm. *Jurisprudencia y filosofía del Derecho (Jurisprudenz und Rechtsphilosophie)*, tomo I, 1892. Concibe, sin embargo, el Derecho natural de un modo tan amplio, que para él la teoría capital de la Escuela histórica no es más que la desnaturalización del Derecho positivo con elementos del Derecho natural (págs. 480 y siguientes).

(13) V. Savigny, *Vocación*, pág. 117. «Si la historia en la juventud de los pueblos es, por lo general, una maestra ilustre, cuando han llegado á la edad madura, como le sucede al nuestro, tienen otro oficio diferente y más saludable todavía. Sólo mediante ella podemos mantener una viva relación con nuestro primitivo estado, perdida la cual, pierde todo pueblo la parte mejor de su vida espiritual.»

(14) V. especialmente von Savigny, *Vocación*, páginas 41 y sigs. Manifiesta que en toda variación introducida en el Derecho civil ligera y arbitrariamente preponderan siempre los inconvenientes, aun en el caso «de que se haya cuidado de favorecer con ella la sencillez y la comodidad;» que la verdadera causa de las quejas contra la variedad de los Derechos terri-

toriales no está en los perjuicios reales y positivos de esta última, sino «en el poder extraordinario que viene ejerciendo en todos los órdenes la sola idea de la uniformidad,» y que «en todo sér orgánico y en el Estado, por tanto,» la salud consiste en un equilibrio bien ponderado entre el todo y cada una de las partes.

(15) V., por ejemplo, Savigny, *Vocación*, págs. 78 y sigs.: «Porque una ciencia del Derecho que no se apoyase en el terreno del conocimiento histórico fundamental, sería como un escribiente al servicio de los Tribunales.» Pág. 127: «Debe tenerse en todo momento una conciencia viva y clara del todo para poder comprender realmente el caso individual; sólo el sentido teórico y científico es capaz de hacer que la práctica aparezca fructífera é instructiva.» *Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico,* III, 17, 33 y sigs. (contra un anónimo que opina que, bien ó mal, sólo podría formar un Código un jurista sin ninguna educación histórica), etc., etc.

(16) Es absolutamente inexacta la afirmación repetida tan á menudo de que los fundadores de la Escuela histórica sólo admitían como Derecho histórico el Derecho del pasado, y contrarrestaban sistemáticamente el progreso jurídico Savigny insistió siempre en que el Derecho del presente contiene en sí el Derecho del pasado, y en que toda época está llamada á «examinar, rejuvenecer y mantener fresca» la materia que procede «de la naturaleza superior del pueblo como un todo que deviene y evoluciona continuamente» (*Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico*, I, 2, 4, 6, etc.), y se pre-

vino contra «la confusión entre el sentido histórico y la predilección especial de lo antiguo sobre lo presente» (ibid., III, 13).—V. también Bergbohm, loc. cit., págs. 534, 536 notas. Sin embargo, en las cuestiones especiales puso desde un principio especial empeño en la conservación de lo adquirido. V., por ejemplo, sus reparos á las proposiciones que hace Pfeiffer en el trabajo *Ideas para una nueva legislación civil en los Estados germánicos* (*Ideen zu einer neuen Civilgesetzgebung für Teutsche Staaten:* Göttingen, 1815); *Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico*, III, 20 y sigs. (Sobre Burchardo Guillermo Pfeiffer, 1777-1825, v. Hünersdorf, *Revist. p. el Derecho alem.*, XIV, 432 y sigs.)

(17) El autor anónimo del folleto citado en la nota 1, considera á Savigny como un reaccionario al unir su panegírico á los de Luis Guillermo Antonio Pernice (1799-1861) y Federico Julio Stahl (1802-1861), muertos en el mismo año. Von Bethmann-Hollweg, loc. cit., pág. 70, califica más acertadamente su dirección política de «liberal conservadora.» V. también L. Goldschmidt, loc. cit., págs. 642 y sigs., y Landsberg, *Savigny*, pág. 27.

(18) V. Rudorff, loc. cit., pág. 31.—Bergbohm, loc. cit., pág. 207, nota.—Landsberg, *Savigny*, página 15. Cuán poco se puso en contradicción con sus ideas al aceptar el Ministerio de Legislación, lo prueba la Memoria publicada por Stölzel, loc. cit., II, 773 y sigs., que constituyó su programa ministerial.—V., además, Stölzel, loc. cit., págs. 527 y sigs.—Landsberg, loc. cit., págs. 8 y sigs.

(19) No puede negarse que en el fondo los argumentos de Savigny iban dirigidos contra toda codificación. V. Brinz, *Revist. crít. trimestral*, XXI, 485 y sigs.—Landsberg, *Savigny*, págs. 16 y sigs.—Bechmann, loc. cit. (antes en la nota 11), pág. 14.—M. Geib, *La reforma de la vida jurídica alemana (Die reform des deutschen Rechtslebens:* Leipzig, 1848), págs. 28 y sigs.—Bergbohm, loc. cit., pág. 527, nota 54. Savigny reconoce en la *Vocación* la posibilidad de un futuro estado de cosas que permita formar un buen Código; pero las condiciones de que lo hace depender son casi irrealizables: v. págs. 134 y 160. En el artículo «Opiniones á favor y en contra de los nuevos Códigos,» *Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico*, III, 1 y sigs , no hace reserva alguna. Y en la Memoria citada en la nota precedente, considera la codificación «en sí misma» como un mal: págs. 736, 748.

(20) Prólogo á la segunda edición: Heidelberg, 1828, pág. v. Sobre que Savigny era un alemán, no sólo por su espíritu, sino también por su procedencia, v. Rudorff, loc. cit., págs. 4 y sigs.

(21) *Vocación*, pág. 118; v. también la pág. 153, donde encomienda á las Universidades de Alemania el cuidado de la comunidad alemana, y añade: «La sólida fundamentación de nuestro Derecho, principalmente del patrio, donde queda la mayor parte por hacer, la esperamos de ellas; pero tenemos también el derecho de exigirla con toda seriedad:» por eso debía cesar la suspensión del comercio universitario con Austria, Baviera y Württemberg. La censura de los

romanistas la inicia Nicolás Tadeo von Gönner (1764-1827) en el folleto contra Savigny, *Sobre legislación y jurisprudencia en nuestro tiempo* (*Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unseres Zeit:* Erlangen, 1815). Pero Gönner, no obstante haber sido en su teoría del Estado uno de los primeros que contrapusieron la concepción orgánica al individualismo del Derecho natural (v. J. B. Koch, *Teoría del Estado de N. T. Gönner (N. Th. v. Gönners Staatslehre):* Leipzig, 1902), se mantuvo en la concepción anti-histórica del Derecho, propia de la teoría del Derecho natural, y combatió desde ella los puntos de vista fundamentales de la Escuela histórica. Savigny le acusó en su Recensión, *Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico*, I, 373-423, de haber omitido intencionalmente, con objeto de levantar en contra de la nueva doctrina el sentimiento patriótico de los alemanes, todo cuanto él había dicho respecto del Derecho germánico, y se defendió enérgicamente de la tacha de exclusivismo romanista (págs. 379 y sigs.) Por otra parte, advirtió la necesidad de precaverse contra la creencia de que el sentido histórico pretende la prioridad del Derecho romano contra el Derecho patrio. (*Revist. cit.*, III, 13.)—Reconoce un fondo de justicia en la pretensión de Feuerbach y Thibaut, al reclamar una historia universal del Derecho; pero frente á la manifestación de Thibaut de que «diez lecciones llenas de espíritu sobre la constitución jurídica de persas y chinos despertarían en nuestros estudiantes un sentido jurídico más verdadero que ciento sobre las miserables tonterías que se estudian al tratar de la sucesión intestada desde Augusto á Justiniano,» no sólo defiende la investigación histórica del Derecho,

sino que insiste enérgicamente en que para nosotros lo más importante es siempre la historia de nuestro propio Derecho germánico, romano y canónico; «debiendo entenderse que el Derecho germánico, considerado desde un punto de vista científico, no se limita al vigente en Alemania, sino que abarca, por el contrario, todas las raíces germánicas.» *Revist. cit.*, III, 4 y sigs. y 7.

(22) En el artículo de introducción «sobre la finalidad de esta *Revista*» (págs. 1-17), dice de un modo inequívoco que los autores de la *Revista* se alegrarían mucho «de poder dar un nuevo impulso al estudio histórico del Derecho patrio,» y que precisamente en éste quedan todavía ricos tesoros ocultos (págs. 7-8).

(23) *Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico*, I, 124-146. No debe olvidarse que Eichorn había desarrollado ya de un modo original la concepción histórica del Derecho en 13 de Mayo de 1808, en el prólogo á su *Historia alemana política y jurídica*. En aquella época, época de transición, creía de más interés que en otra alguna «el dirigir la vista al pasado, para confortarnos—dice—con el espíritu de nuestras antiguas instituciones. Podrá aceptarse este espíritu en las nuevas en más ó en menos; pero sin un conocimiento exacto de lo que fué y cómo fué, siempre será imposible apreciar bien lo existente en su espíritu y relaciones.»

(24) En el prólogo á la cuarta edición de la *Historia alemana política y jurídica* (10 Octubre 1831),

manifiesta también que el fin de su trabajo fué desde un principio y continúa siendo «dar al Derecho práctico existente en la actualidad un sólido fundamento histórico.»

(25) Sobre la cuestión tan debatida desde el siglo XVIII de la existencia de un Derecho privado alemán «común,» y en la cual Eichorn aquí, como más tarde en su *Introducción al Derecho privado alemán* (*Einl. in das deut. Privatr.*, 1823), §§ 1.° y 39 40, toma el partido de Runde contra Hufeland. V. mi *Derecho privado alemán (Deut. Privatr.)*, I, § 6.°, notas 21-23.

(26) Loc. cit., págs. 131 y sigs. Señala en especial los trabajos preparatorios indispensables, entre los cuales da gran valor á la comparación del Derecho patrio con los Derechos hermanos, como el holandés, el inglés y los del Norte; cita las palabras de Savigny relativas al Derecho germánico (pág. 139, nota 6), y concluye diciendo: «La consideración del estado actual de la ciencia del Derecho alemán, ha sido el punto de partida de los autores de esta *Revista* al fijar el plan de la misma. Sobre esta base desean que se juzgue su empresa en cuanto tiene por objeto el Derecho germánico y todo lo que comuniquen sobre el particular.»

(27) En el tomo I (1815) hay artículos de Hasse (sobre la propiedad de las cosas muebles en el *Espejo de Sajonia*, págs. 18 y sigs.), Eichorn (sobre el origen de la constitución municipal, págs. 147 y sigs.) y J. Grimm (sobre una forma de expiación del homicidio, propia del antiguo Derecho germánico, págs. 323

y sigs.) Hay también un artículo de Hugo sobre Uberto de Lampamiano y Pedro de Andlau, que prefirió el autor publicar aquí en vez de hacerlo en el *Archivo de Derecho civil (Civilistische Archiv.)*, porque toca en él los límites del Derecho alemán (págs. 338 y sigs., tomo II, 1816): contiene el estudio de Grimm sobre la poesía en el Derecho (*Die poesie in Recht*, págs. 25-200), la continuación del artículo de Eichorn sobre la constitución municipal (págs. 165 y sigs.) y los datos que aporta Mittermaier á la historia de la comunidad de bienes matrimoniales y la sucesión hereditaria en la Edad Media (págs. 318 y sigs.) En el tomo III (1817) figuran dos artículos de Grimm (págs. 73 y sigs., 349 y sigs.), uno de Hagemeister (págs. 173 y sigs.) y otro de Henke (págs. 191 y sigs.), los tres sobre Derecho germánico. De aquí en adelante el Derecho germánico va cediendo su puesto. En el tomo IV (1820) hay todavía un largo artículo de Hasse sobre el Derecho alemán de bienes matrimoniales (págs. 60 y sigs.); en el V (1825) tan sólo una pequeña nota de Biener sobre Tilius (págs. 401 y sigs.); en el VI (1828), algunas observaciones aisladas relativas al Derecho alemán en un artículo de Klenze sobre los cognados y afines en el Derecho romano (págs. 163-191); en el VII (1831), un estudio de Phillips (sobre el aforismo jurídico: «Der Tot erbt den Lebendigen (*),» págs. 1-20); en el VIII (1835), un trabajo de Eichorn sobre la organización provincial del reino de Franconia (págs. 281 y sigs.); en el IX (1838), un artículo de Bluntschli (sobre el De-

(*) Por aproximada que fuese una traducción española, no tendría nunca el valor histórico y jurídico del proverbio del antiguo Derecho francés: *Le mort saisit le vif*,

recho de sucesión intestada en Zurich, págs. 99 y siguientes); en el XI (1842), artículos de Wunderlich (págs. 73 y sigs.), Eichorn (págs. 119 y sigs.), Schaumann (págs. 362 y sigs., sobre las arras en el matrimonio según la *lex Saxonum)* y J. Grimm (págs. 385 y siguientes); en el XIII (1846), un estudio de Eichorn (págs. 339 y sigs.) Los tomos X (1842), XII (1845), XIV (1847) y XV (1850), no contienen, por lo general, nada de Derecho germánico.

(28) Jacobo Grimm (1785-1863) mantuvo estrechas relaciones con Savigny, que ejerció mucha influencia sobre él como maestro suyo y fué quien realmente lo inclinó al estudio del Derecho romano: una enseñanza defectuosa del Derecho alemán, recibida en sus tiempos de estudiante, lo apartó de este orden de trabajos hasta 1813. Acerca de la importancia de Grimm desde el punto de vista del Derecho alemán, v. el hermoso libro de R. Hübner, *Jacobo Grimm y el Derecho alemán* (*Jakob Grimm und das deutsche Recht:* Göttingen, 1895).—V. también W. Scherer, *Jakob Grimm*, segunda edición: Berlín, 1885, págs. 254 y sigs.—H. Schuster, *Jacobo Grimm y su importancia para la ciencia del Derecho* (*J. Grimm in seiner Bedeutung für die Rechtswissenschaft*), publicado en 1885 en los *Papeles jurídicos* (*Juristische Blätter*), núms. 3 y 4. Acerca de la influencia de Savigny, v. Scherer, págs. 256 y sigs., y Hübner, págs 3 y sigs., 13 y sigs. y 17 y sigs.

tan opuesto al sistema de publicidad en las transmisiones *mortis causa*, y tan ligado con aquel otro principio: *Dieu seul peut faire un heritier.—(N. del T.)*

(29) V. el cuadro general de la nota 27.

(30) Mittermaier, en el prólogo á la primera edición de sus *Principios del Derecho privado alemán común* (*Grundsätze des gemein. deut. Privatrechts:* Heidelberg, 1824), anunció el plan para una *Revista* de esta naturaleza; pero no lo ejecutó. Sobre Carlos José Antonio Mittermaier (1787-1867), v. L. Goldschmidt, *Archivo para la práctica civil* (*Arch. f. civ. Praxis*), L (1867), págs. 417 y sigs. (el trabajo publicado aquí se reimprimió en la *Miscelánea* cit., I, 651 y sigs.); von Weech, *Biografías Badenses* (*Badische Biographien*), II, 80 y sigs. (Arnsperger); Marquardsen, *Biograf. general alem.*, XXII, 25 y siguientes.

(31) Las Eranias (*) (*Eranien*) aparecieron en Heidelberg. Sobre von Dalwigk (1761 á 1825), v. Steffenhagen, *Biograf. general alem.*, IV, 714. Sobre Niels Nicolás Falck (1784-1850), v. Ratjen, *Para la memoria de N. Falck* (*Zur Erinnerung an N. F.:* Kiel, 1851), y Michelsen, *Biograf. general alem.*, VI, 539 y sigs. Muy pronto tanto el Derecho alemán como el romano tuvieron á su servicio el *Museo rhenano de jurisprudencia* (*Rheinische Museum für Jurisprudenz:* Bonn, 1827 1835), fundado por Hasse. Hasse tendía sobre todo á unir la historia y la dogmática del Derecho, y llegó á hablar de aquellos «extravíos del método histórico-jurídico» que importaba más pre-

(*) Del griego *eranos*. Las Eranias, por lo menos en su última época, fueron en Grecia asociaciones patrióticas. —*(N. del T.)*

venir (I, 66-67). Sobre Juan Cristián Hasse (1779-1830), v. Theichmann, *Biograf. general alem.*, X, 759 y sigs.

(32) Augusto Luis Reyscher (1802-1880), v. K. Riecke, *Biograf. general alem.*, XXVIII, 360 y sigs.; Reyscher, *Recuerdos del antiguo y del nuevo tiempo* (*Erinnerungen aus alter und neuer Zeit*, publicado por K. Riecke, Freiburg y Tübingen, 1884). Roberto von Mohl le ha juzgado injustamente en sus *Recuerdos de mi vida* (*Lebenserinnerungen*), publicados por Kerler, Sttutgart y Leipzig, 1902, tomo I, páginas 207 208.

(33) Guillermo Eduardo Wilda (1800-1856). V. el panegírico de Planck con un suplemento de Reyscher en la *Revist. p. el Derecho alem* (*Z. f. Deut R.*), XVI, 444 y sigs ; Eisenhart, *Biograf. genaral alem.*, XLII, 491 y sigs.

(34) Según la comunicación de Reyscher, el plan de 1837 debía coincidir con la celebración del Centenario de la Universidad de Heidelberg.

(35) En el manifiesto de la *Revista* (I, 1 y sigs.) declara que ésta tiene por objeto impulsar el estudio del Derecho nacional y contribuir á fundar una ciencia jurídica patria, para contrarrestar el francesismo y romanismo dominantes. Ningún pueblo—dice—ha despreciado tanto como el alemán su propio derecho. Sigue á éste (págs. 11 y sigs.) un artículo de polémica, muy extenso, sobre «la existencia y naturaleza del Derecho alemán.» Más adelante, tomo VII (1842), pá-

ginas 121 y sigs., el artículo *A favor y en contra del Derecho alemán* (*Für und wider das deutsche Recht*).

(36) Primeramente se publicó en los *Anales de Halle* (*Halleschen Jahrbüchern*) de Octubre de 1830, y después con adiciones en Zurich, 1841; segunda edición, 1862. Bluntschli se quejaba del abandono en que se tenía al Derecho alemán en las Universidades, y esperaba que con la construcción de una ciencia del Derecho alemán acabaría la preponderancia del Derecho romano; pero para lograrlo era inevitable una lucha entre las dos direcciones romanista y germanista, y, por consiguiente, entre dos escuelas que representaran ambas tendencias, pues los romanistas habrían de defender palmo á palmo el terreno conquistado, y Bluntschli creía que habíamos entrado ya en esta fase de la evolución (edición de 1841, págs. 32 y sigs. y 47 y sigs.) Según él, la *Revist. p. el Derecho alem.* era «el órgano adecuado de esta lucha» (pág. 33, nota *).—Sobre Juan Gaspar Bluntschli (1808-1881), v. Teichmann, *Diccionario jurídico de Holtzendorff* (*Holtzendorffs Rechtslex*), III, 1.512 y sigs.; Meyer von Knonau, *Biograf. general alem.*, XLVII, 29 y sigs., y la autobiografía *Particularidades de mi vida* (*Denkwürdigkeiten aus meinen Leben*, tres tomos: Nordlingen, 1884).

(37) Beseler, cuya *Teoría de los pactos sucesorios* (*Die Lehre von den Erbverträgen* (1835 1840) formó época en el Derecho alemán, había ya bosquejado rápidamente su programa científico en la prolusión de Bale «sobre la posición del Derecho romano frente al

Derecho nacional del pueblo germánico.» En 1840 colaboró en los *Anales críticos de jurisprudencia alemana* (*Kritischen Jahrbüchern für deutschen Rechtswissenschaft*), de Richter y Schneider, con un manifiesto de la nueva *Revista* al servicio del Derecho nacional, VIII, 809 y sigs., especialmente 825. Sobre el origen del *Derecho nacional y Derecho de los juristas* (*Volksrecht und Juristenrecht:* Leipzig, 1843), nos informa él mismo en su obra *Vida y aspiraciones* (*Erlebtes und Erstrebtes:* Berlín, 1884), págs. 45 y sigs. Desde 1845 (tomo IX) colaboró en la *Revist. p. el Derecho alem.*—Sobre Jorge Beseler (1809-1888), v. mi elogio en la *Revist. p. la hist. del Derecho*, XXIV, 1 y sigs., y R. Hübner, *Biograf. general alem*, XLVI (edición aparte: Leipzig, 1901).

(38) Mittermaier (v. la nota 30), en el prólogo al *Derecho de pastoreo* (*Schäfereirecht:* Braunschweig, 1837), de Scholz, págs. V-XXXII, había sido ya el tercero que protestara contra el romanismo dominante y el abandono del Derecho alemán en los estudios jurídicos y exámenes públicos, y expusiera en un Programa formal el modo de procurar al Derecho alemán igual categoría científica, sana aplicación práctica é influencia en la legislación.—Antonio Christ, *Legislación nacional alemana* (*Über deutsche Nationalgesetzgebung:* Karlsruhe, 1842), pedía la abolición de los Derechos romano y francés y la «creación de un sistema legislativo patrio basado en sus líneas fundamentales sobre el Derecho alemán;» proclamó el estrecho enlace de la nacionalidad y el Derecho (págs. 44 y sigs., 57 y sigs. y 159), y combatió el Derecho romano como Derecho extraño impuesto por la

fuerza al pueblo alemán, y que nunca llegó á ser Derecho nacional ni excluir al Derecho germánico (página 85). Antonio Christ, en aquel entonces Consejero ministerial en Karlsruhe y desde 1847 Director del *Hofgericht* (Consejo Supremo) en Rastatt, se mostró en las dos Asambleas germanistas como el más celoso de los campeones del Derecho patrio.

(39) Mittermaier, loc. cit., únicamente espera la exaltación del Derecho alemán de la aplicación rigurosa del método histórico. Bluntschli asiente incondicionalmente á la concepción capital de Savigny (páginas 14 y sigs.), que significa para él, no ya una opinión de escuela, sino una conquista de la ciencia (páginas 28 y sigs.), y deduce de ella la justificación y el porvenir de las aspiraciones germanistas (págs. 32 y sigs. y 49 y sigs.); pero exige que el sentido histórico se complete con la consideración filosófica (págs. 61 y sigs.) Beseler manifiesta también que nunca se ha apartado de la concepción histórica, y que solamente ha combatido los particularismos de escuela (*Vida y aspiraciones*, págs. 45 y sigs.) – Christ, en su obra sobre legislación nacional, expone las ventajas del *Derecho histórico* sobre el *Derecho racional* (págs 51 y sigs.); desea una legislación que desarrolle orgánicamente la base histórica (págs. 42 y sigs), y al mismo tiempo que refuta ingeniosamente (v. el Apéndice) las objeciones opuestas por Savigny á la formación de un Código alemán, se muestra decidido partidario de sus teorías capitales (págs. 127-160). Tan sólo Reyscher, y no con mucha claridad, pide la unión del método *histórico* y el *racional* (*Revist. p. el Derecho alem.*, I, 11 y sigs.), y manifiesta que á causa de esto tenía frente á

su programa las ideas de Wilda (XVI, 444 y sigs.); sin embargo, mantuvo siempre la significación fundamental de lo histórico. Wilda expuso también su concepción histórica en la *Revist. p. el Derecho alem.*, I, 167-171.

(40) Acerca de las opiniones, calurosamente defendidas, á favor y en contra del programa de la nueva *Revista*, nos informa Reyscher, tomo VII (1842), págs. 121 y sigs. El mismo Savigny, en el prólogo al tomo I de su *Sistema del Derecho romano actual* (*System des heutigen romischen Rechts:* Berlín, 1840), alude á las aspiraciones germanistas; pero renunciando á la refutación de otros ataques (págs. XII y sigs.), se limita á defender á la *escuela histórica* del cargo que se le hacía de pretender ensanchar con exceso la soberanía del Derecho romano á costa del germánico y del moderno, cuando, por el contrario—dice,—pone especial empeño en apartar lo ya fenecido para dejar un campo más libre al desenvolvimiento y acción de lo existente (págs. XIV y sigs.) A pesar de esta observación justificativa, inmediatamente (§ 2.º, págs. 4 y sigs.), prescindiendo por completo del Derecho privado alemán común, identifica el *Derecho común de Alemania* con el *Derecho romano actual* (sin contar con algunas modificaciones de escaso interés introducidas por las leyes imperiales). —Puchta atacó violentamente á los *germanistas modernos* con motivo de la Recensión de la obra de Savigny en los *Anal. crít. de jurisprud. alem.*, 1840, tomo VIII, páginas 675 á 678. Dijo que aquéllos podrán contar con una cierta popularidad, como la de los que hablan de los judíos de Sión y los irlandeses de la verde Erin;

pero que la corriente de los tiempos acabará por arrollarlos, porque el tiempo del particularismo nacional ha pasado para siempre, y el Derecho romano ha venido á ser el Derecho común á todas las naciones, subyugando en el progreso de su evolución al Derecho germánico; que tal vez haya motivo para burlarse un poco de aquel antiguo traductor de la Instituta, que creía que rechazando el Derecho romano «volveríamos al primitivo estado salvaje, en que los hombres vivían solitarios en las selvas, alimentándose de bellotas y domeñando el más fuerte al más débil;» pero que, por otra parte, el germanismo actual nos da ocasión para «encogernos de hombros desdeñosamente,» pues si no aprueba la comida de bellotas, los trajes groseramente fabricados y la rudeza exterior, aspira, sin embargo, con su polémica contra el Derecho romano, á poner desiertos entre Alemania y los pueblos vecinos y á contrarrestar la cultura. Más violenta todavía fué la respuesta que dió Beseler con su ataque á la Escuela histórica en la obra *Derecho nacional y Derecho de los juristas*. Junto á Puchta, *Anales de crítica científica* (*Jahrb. f. wiss. Kritik*), 1844, páginas 1 y sigs., protestó contra él principalmente Thöl. V. sobre esta discusión Beseler, *Vida y aspiraciones*, págs. 51 y sigs.; mi artículo sobre Beseler, págs. 9 y sigs., y Hübner, loc. cit., págs. 9 y sigs —Según dice Reyscher, *Revist. p. el Derecho alem.*, XVI, 453, Wilda se proponía «hacer un examen desapasionado de todo cuanto se había escrito sobre la lucha entre Derecho romano y Derecho germánico, y rechazar de paso los ataques ridículos que se nos han dirigido, como, por ejemplo, que queríamos extirpar el Derecho romano aun en la parte en que ha llegado á ser Dere-

cho vigente; que nos oponíamos á una legislación patria, y que pretendíamos restablecer el antiguo Derecho germánico ó introducir en absoluto el puro Derecho natural ó racional.» El plan quedó sin realizar.

(41) *Vocación*, pág. 119.

(42) Toca especialmente este punto H. Dernburg, *Karl Georg von Wächter:* Berlín, 1880, págs. 12 y sigs. V. también Landsberg, *Savigny*, pág. 23, «y en este sentido ha encaminado su actividad á un resultado que interesa mucho notar, á saber: introducir en el concepto del «Derecho común» un rigorismo y un purismo romanos como nunca hasta ahora se dieron en Alemania.» V. también J. Biermann, *Traditio ficta:* Stuttgart, 1891, págs. 1-8; Regelsberger, *Pandekten*, I, § 7.°, pág. 43.

(43) Ya en la *Vocación*, pág. 140, dice: «Y ésta es una de las razones por las cuales la escuela de Bartolo tiene mucho menos valor que la de los glosadores.» La misma concepción aparece en su gran obra sobre la historia del Derecho romano en la Edad Media (*Geschichte des römischen Rechts in Mittelalter*).

(44) V. mi discurso rectoral de Breslau, *Derecho natural y Derecho alemán* (*Naturrecht und deutsches Recht:* Frankfurt a. M., 1882).

(45) Citaremos, por ejemplo, el hecho de que frente á las ideas germánicas sobre asociaciones y colectividades, que reaparecen en la teoría social del De-

recho natural, Savigny restauró los conceptos romanos puros. V. mi *Sistema del Derecho privado alemán* (*System des deut. Privatr.*), I, 461 y sigs. y 668. Del mismo modo, en la teoría de la posesión descartó los elementos del Derecho natural tomados del sistema germánico de protección.

(46) *Vocación*, págs. 64-81 y 135. El juicio, en general desfavorable, que Savigny emite en este lugar sobre el *Code*, lo sostuvo más tarde al retractarse de su injusta opinión acerca de los juristas franceses. (Prólogo de 1828, págs. V-VII.)

(47) Sobre el valor germánico del *Code*, llamó por primera vez la atención de los juristas alemanes H. Klimrath (1807 1837). V. su *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil:* Strassburg, 1833. A él se refiere Mittermaier, loc. cit., pág. VII. De este punto se ocupó más detalladamente Zöpfl, *Revist. p. el Derecho alem.*, V (1841), págs. 110 y sigs. V. también Gaupp, *Sobre el porvenir del Derecho alemán* (*Über die Zukunft des deutschen Rechts:* Berlín, 1847), págs. 65 y sigs.

(48) *Vocación*, págs. 95-109. Resulta muy extraña su advertencia de que en la nueva ley de estudios austriaca no figura el Derecho alemán, «sin duda porque ya antes del nuevo Código estaba poco extendido en Austria» (pág. 141). V. además Gaupp, loc. cit., páginas 62 y sigs.

(49) *Vocación*, págs. 81-95.

(50) *Vocación*, págs. 144-146. En el prólogo á la segunda edición, pág. VII, dice que en el intermedio la cosa ha variado un tanto. Pero mantiene su primera idea, como resulta de las siguientes palabras: «Desde hace algunos años se vienen dando lecciones sobre el *Landrecht;* yo mismo he explicado la materia, utilizando al efecto los materiales manuscritos. Recientemente se ha declarado obligatoria la asistencia á dichas lecciones, sin perjuicio de los estudios eruditos, y la materia será ahora objeto del examen primario.»

(51) V. especialmente Dernburg, loc. cit. (véase la nota 42), pág. 6; Gaupp, loc. cit., págs. 42 y siguientes.

(52) En el mismo sentido habla Savigny de la tendencia primitiva (*Vocación*, págs. 87 y sigs.), y cita especialmente las siguientes palabras del Decreto (Kab.-O.) de Federico el Grande de 1780: «Cuando Yo..... consiga..... mi objeto, con la simplificación de la materia perderán seguramente su crédito misterioso muchos juristas, se acabarán todas sus sutilezas y llegará á ser inútil el Cuerpo de abogados. Pero, en cambio, podré esperar..... muchos más comerciantes, fabricantes y artistas, que son las gentes que más provecho prometen al Estado.» Savigny nota con razón que este concepto de la jurisprudencia como un arte mecánico, aunque va modificándose poco á poco, no ha desaparecido todavía.—Y subsistió en el *Landrecht* prusiano (Introducción, § 6.º) la prohibición ¡de tomar en cuenta las opiniones de los jurisconsultos!

(53) En el semestre de invierno de 1819-20 y en los semestres de verano de 1821, 24, 29 y 32. En el invierno 20 21, Hasse dió lecciones sobre algunos puntos especiales del *Landrecht* en sus relaciones con el Derecho germánico; y en el verano de 1829, Laspeyres trató de las Instituciones germánicas del *Landrecht* prusiano. Las lecciones normales sobre el *Landrecht* empezaron en el verano de 1827. Además de Savigny, explicaron Jarcke (ocho veces desde 1827), Stelzer (dos veces desde 1827), von Reibnitz (dos veces desde 1828; bien es verdad que á partir de 1823 había explicado muchas veces Derecho prusiano procesal, administrativo y político), Homeyer (diez y seis veces de 1828 á 1844), Gans (nueve veces de 1829 á 1839), Laspeyres (tres veces de 1829 á 1831), Collmann (dos veces en 1839 y 1840), Gneist (dos veces en 1840 y 1841), y desde 1840 todos los semestres Heydemann, para el cual se creó en 1845, á propuesta de Savigny, una cátedra ordinaria de Derecho prusiano. Sabido es cómo á pesar de esto, y habiendo quedado en un piadoso deseo la inclusión del *Landrecht* en el examen primario (v. nota.50), el aprendizaje del Derecho privado prusiano vigente ha quedado relegado, como antes, al tiempo de práctica preparatoria.

(54) Las *Institutionen* de Puchta aparecieron en 1829, su *System* en 1832 y sus *Pandekten* en 1838.— Sobre Jorge Federico Puchta (1798-1846), v. la *Nekrologe* de Stahl y Wetzell que precede á los *Pequeños trabajos de Derecho civil* (*Kleinen civilistischen Schriften*), edición de von Rudorff: Leipzig, 1851; Eisenhart, *Biograf. general alem.*, XXVI, págs. 685 y sigs.

(55) V. principalmente la *Vocación*, págs. 133-134, donde hablando del porvenir, en el cual los juristas, merced á un estudio científico más completo del Derecho común, volverán á ser los autores de un Derecho consuetudinario lleno de vida, añade: «El elemento histórico del Derecho que tanto nos embaraza hoy día, penetrará en nosotros enriqueciéndonos. Tendremos entonces un Derecho propiamente nacional, y éste no carecerá de un lenguaje vigoroso y enérgico. Y cuando llegue ese momento dejaremos á la historia el Derecho romano, y no tendremos ya que contentarnos con un débil remedo de la creación jurídica romana, siendo propia y nueva nuestra cultura jurídica. Habremos conseguido algo superior á la simple administración de justicia segura y rápida: el sentido claro é intuitivo, propio del Derecho de los pueblos jóvenes, se unirá con el más alto sentido científico.»

(56) V. la carta de Savigny á Beseler de 13 de Octubre de 1843, impresa en *Vida y aspiraciones*, páginas 252 y sigs., y sobre todo el final, pág. 257: «Los germanistas podrían hacer mucho en pro de nuestra legislación provincial.»

(57) Savigny en la *Vocación*, después de rechazar como vanas é infundadas las quejas relativas á la exclusión del Derecho patrio por el extranjero, dice que «aquéllas suponen accidental y arbitrario lo que sin una necesidad interna ó no se hubiera realizado de ningún modo ó no hubiera podido subsistir» (página 37). «Una formación jurídica exclusivamente nacional, como la de los antiguos tiempos, se opone á la

marcha que la naturaleza señala á los pueblos modernos; así como su religión no es únicamente nacional, y su literatura no está libre de poderosas influencias externas, tampoco resulta antinatural que haya un Derecho civil común extranjero. Y aquellas influencias en la educación y la literatura fueron, no ya extranjeras, sino romanas, precisamente romanas, como la que obra sobre nuestro Derecho.»

(58) Savigny, *Vocación*, pág. 160, propone el cultivo de la lengua en un sentido puramente popular. Conseguido esto, el pensamiento se elevará sobre los particularismos individuales y los abarcará en su centro común. «Así quedan satisfechos los grandes y todo resulta claro á los pequeños: unos y otros ven sobre sí las ideas como algo superior, educativo y asequible á todos ellos.» Sucede lo mismo que con las imágenes milagrosas de Cristo, que tienen siempre una mano más alta y la otra más baja. Y cuando volvamos á dar con el estilo sencillo y puramente popular de nuestras mejores crónicas, «podremos prometernos excelentes resultados, entre otros, una buena historia del arte de escribir y un Código popular.» Todo esto es hermoso y verdadero; pero Savigny no se hace cargo, ni aquí ni en otra parte alguna, de que á un Código popular, unido al cultivo popular del idioma, corresponde un contenido popular también, mientras que él encomienda exclusivamente á los juristas la creación del Derecho. He aquí por qué en su carta á Beseler (v. la nota 56) elude tratar de la investigación que éste requería del pensamiento jurídico en la intuición popular, y combate prolijamente el proyecto de restaurar los Tribunales de jueces populares.

(59) Además de los artículos y trabajos citados en las notas 35-38, v. los artículos posteriores de Reyscher en la *Revist. p. el Derecho alem.*, VII, 121 y sigs. (donde se ocupa de «la conciencia de la propia personalidad que surge de nuevo en un gran pueblo,» y de cómo «debe manifestarse el puro Derecho alemán),» IX, 337 y sigs.; X, 153 y sigs.; XIII, 1 y sigs.—Gaupp, ibid., I, 87 y sigs.—Wilda, I, 167 y sigs.—Bitzer, IX, 497 y sigs. Además, los discursos de Mittermaier en las Asambleas germanistas (I, 62 y sigs. «La nacionalidad se expresa del modo mejor y más puro en el Derecho;» «ya es hora de levantar el espíritu del Derecho germánico, esto es, el espíritu nacional alemán, para que penetre en nuestro Derecho);» los de Christ (I, 72 y sigs.; II, 208 y sigs.); Reyscher (I, 83 y sigs.), y Beseler (II, 232 y sigs.)

(60) *Debates sostenidos por los germanistas en Francfort sobre el Mein el 24, 25 y 26 de Septiembre de 1846* (*Verhandlungen des Germanisten zu Frankfurt a. M. am 24, 25 und 26 September 1846:* Frankfurt a. M., 1847).—*Debates sostenidos por los germanistas en Lübeck el 27, 28 y 30 de Septiembre de 1847* (*Verhandlungen des Germanisten zu Lübeck am 27, 28 und 30 September 1847:* Lübeck, 1848).

(61) V. su discurso sobre el calificativo *germanistas* en la tercera sesión pública de Francfort: *Debates*, págs. 103 y sigs. El nombre no ha arraigado en los historiadores. En cuanto á los filólogos alemanes, apenas saben que se trata de un regalo de los juristas.

(62) *Debates*, pág. 5; *Revist. p. el Derecho alem.*, X, 181. A la invitación se adhirieron como ciudadanos de Francfort, Eduardo Francisco Souchay (escabino y senador: v. sobre él, Jung, *Biograf. general alem.*, XXXIV, 677 y sigs.) y Euler (abogado y notario). Se ofreció el primer lugar á los naturalistas y filólogos clásicos.—V. también J. Grimm, *Debates de Francfort*, pág. 3.

(63) Sobre Cristián Luis Runde (1773-1849), véase von Beaulieux-Marconay, *Biograf. general alem.*, XXIX, 674 y sigs.; sobre los demás, v. las notas 30 á 33 y 37.

(64) Sobre Ernesto Mauricio Arndt (1769-1860), v. Gustavo Freytag, *Biograf. general alem.*, I, 541 y sigs.—Sobre Jacobo Grimm (1785-1863), v. la nota 28.—Sobre Guillermo Grimm (1786-1859), Scherer, *Biograf. general alem.*, IX, 690 y sigs.—Sobre Juan Luis Uhland (1787-1862), H. Fischer, ibid., XXXIX, 148 y sigs.—Sobre Mauricio Haupt (1808-1862), Scherer, ibid., XI, 72 y sigs.—Sobre Carlos Lachmann (1793-1851), Scherer, ibid., XVII, 471 y sigs.

(65) Sobre Federico Cristóbal Dahlmann (1785-1860), Springer, *Biograf. general alem.*, IV, 693 y sigs.—Sobre Juan Martín Lappenberg (1794-1865), que también era jurista, Pauli, ibid., XVII, 707 y siguientes.—Sobre Jorge Enrique Pertz (1795-1876), Wattenbach, ibid., XXV, 406 y sigs.—Sobre Leopoldo Ranke (1795-1886), A. Dove, ibid., XXVII, 242 y sigs. (v. pág. 262).—Sobre Jorge Godofredo Gervinus (1805-1871), A. Thorbecke, ibid., IX, 77 y sigs.—So-

bre Adolfo Schmidt (1812-1887), Loewenfeld, ibid., XXXI, 703 y sigs. (especialmente 707).

(66) *Debates de Francfort*, págs. 10-11.

(67) Los debates de la Sección jurídica se publicaron bajo la dirección de Mittermaier, págs. 149-192; los de la Sección histórica bajo la de Pertz, páginas 196-223. V. el informe sobre el particular (págs. 105-108). Esta Sección consumió su actividad en disputas sobre cuestiones de organización. En cuanto á los debates de la Sección lingüística, existe solamente una pequeña relación (págs. 227-229).

(68) Toda la primera sesión se consagró á la cuestión del Schleswig-Holstein; excepción hecha de los juristas, habló únicamente Dahlmann sobre el carácter alemán del Schleswig (págs. 40 y sigs.) En la segunda sesión se trató de Derecho romano y Derecho alemán; habló, además, Dahlmann sobre el origen del Tribunal del Jurado (págs. 90 y sigs.) En la tercera sesión, Jaup habló de un Código general alemán (páginas 108 y sigs.); además, Lappenberg sobre la conservación de la nacionalidad alemana fuera de los Estados confederados (págs. 112 y sigs.); Guillermo Grimm (que fué, si se exceptúan las proposiciones de su hermano (págs. 11 y sigs., 58 y sigs. y 103 y sigs.), el único filólogo que tomó la palabra) sobre el Diccionario alemán (págs. 114 y sigs.), y el jurista Gaupp sobre la relación general entre los pueblos germano y romano (págs. 124 y sigs.) Se acordó dejar para la próxima Asamblea germanista las cuestiones del Jurado y del mantenimiento del alemanismo en el ex-

tranjero, y se nombraron las Comisiones que debían preparar su estudio (págs. 101, 108 y 114).

(69) *Debates de Lubeck*, págs. 54 y sigs.

(70) Se trató, ante todo, del Tribunal del Jurado (págs. 68-165, 249-262), de una colección de leyes alemanas (págs. 193 196), de un Derecho común alemán de ciudadanía (págs. 201 205), de un Código general alemán (págs. 205 223) y de la jurisprudencia germanista y romanista (págs. 224 239). Se discutió también sobre el mantenimiento del alemanismo en el extranjero (págs. 20-46). En los intermedios, hablaron Michelsen sobre la importancia del antiguo Derecho irlandés para el estudio del Derecho germánico (páginas 165-171), y Thöl sobre la capacidad de testar (que él negaba, contra Pauli) de la mujer en el Derecho de Lubeck (págs. 196 á 200). Hicieron exposiciones históricas (con alusiones políticas), Wurn sobre el elemento nacional en la historia del Hansa (págs. 4-20), y Stenzel, Schubert y Bethmann sobre la colonización alemana en Silesia, Prusia y Asia Menor (págs. 171-185). De los filólogos, habló solamente Müllenhof sobre la antiquísima poesía heróica alemana (págs. 185-193). Las otras discusiones versaron sobre asuntos de orden interior (págs. 46-47, 223-224, 239-247).

(71) H. von Treitschke, *Historia alemana* (*Deutsche Geschichte*), V, 686.

(72) *Debates*, págs. 62 y sigs. (cita los casos en los cuales no se reconocen los pactos sucesorios y los contratos á favor de tercero, y hace notar cuán poco

han penetrado entre nosotros el testamento romano, la *bonorum possessio*, la *hereditatis actio*, la *præsumptio Muciana*, el sistema dotal, la patria potestad y la emancipación romanas, la posición de la madre, etc.)—V. también los debates de la Sección jurídica, págs. 157 y sigs. (donde rompió una lanza á favor del concepto social de Beseler, que excluía la consideración de las comunidades y demás entes sociales en cuanto «personas morales, á la manera de títeres á quienes el Estado comunica la vida mientras tanto le conviene dejarlos vivir,» y defendió el Derecho alemán en materia de aguas).—V. también Christ, tanto en los *Debates de Lubeck* (págs. 209 y sigs.), cuanto en el folleto anterior sobre legislación nacional (páginas 62 y sigs., 82 y sigs. y 159).

(73) Beseler pedía, en el *Derecho nacional y Derecho de los juristas*, Tribunales mixtos de juristas y legos en Derecho, en la forma de Tribunales de *escabinos* (págs. 246 y sigs., 269 y sigs.) En las Asambleas, los germanistas abogaron, casi sin excepción, por los Tribunales de Jurados. La corriente arrolló á algún adversario que trató de oponerse desde un principio, como Hefter (*Debates de Lubeck,* págs. 110 y sigs., 133 y sigs). Beseler declaró que mantenía su petición de que se creasen Tribunales de *escabinos* para asuntos civiles y de policía; pero que para materias propiamente criminales estaba por los de Jurados (página 117). De un modo decididamente contrario á los Tribunales de Jurados, únicamente hablaron Wächter (págs. 118 y sigs.) y von der Pfordten (págs. 146 y sigs.)—En pro de una forma popular de la legislación, abogó especialmente Mittermaier; propuso también

la consulta á una Asamblea de notables (*Debates de Francfort*, pág. 184; *Debates de Lubeck*, págs. 205 y siguientes).

(74) Sobre la tendencia histórico-práctica de la *Revista*, que no sólo no debía apartarse del presente, sino conducir á él, v. Reyscher, I, 3 y siguientes; XX, 304.—Beseler, *Anales críticos*, VIII, 810 y sigs.

(75) V., especialmente, Beseler, *Derecho nacional y Derecho de los juristas*, págs. 99 y sigs.; *Debates de Lubeck*, págs. 233 y sigs.; *Sistema del Derecho privado alemán*, I (1847), § 8.°—Reyscher, *Revista p. el Derecho alem.*, IX, 345 y sigs. (sobre la historia del combate) y págs. 373 y sigs.; XX, 304.—Bluntschli, *Derecho privado alemán* (*Deut. P. R.*), § 3.° En la Asamblea de Francfort se manifestaron conformes en este punto, con Beseler y Reyscher, Mittermaier, Gaupp, Wilda, Welcker, Warnkönig y Michelsen (pág. 151).

(76) V. la nota 25; además, Mittermaier, *Principios de Derecho privado alemán* (*Grunds des deut. Privatr.*), I, § 37.—Reyscher, *Revist. p. el Derecho alem.*, I, 11 y sigs.; IX, 337 y sigs.; X, 153 y sigs.—Gaupp, *Revist. p. el Derecho alem.*, 188; *El porvenir del Derecho alemán* (*Die Zukunft des deutschen Rechts:* Leipzig, 1847), donde se ocupa especialmente del elemento alemán en los grandes Códigos.—Beseler, *Derecho nacional y Derecho de los juristas*, páginas 91 y sigs.; *Derecho privado alemán*, I, § 1.° y sigs.; así como las discusiones sobre el concepto del

Derecho común alemán en la Asamblea de Francfort, págs. 149-156.

(77) Sobre la acción impulsora de Beseler en este sentido, v. mi elogio, págs. 11 y sigs. Reyscher aspiró siempre á que la doctrina jurídica alemana, en vez de servir para llenar las lagunas del Derecho romano, penetrase todo nuestro sistema jurídico: *Revist. p. el Derecho alem.*, I, 7, VII, 121 y sigs.; XX, 304.—Mittermaier (v. la nota 38), Gaupp (*Revist. p. el Derecho alem.*, I, 87 y sigs.), Wilda (ibid., 168 169) y Bluntschli (*Escuelas jurídicas (Rechtsschulen)*, páginas 47 y sigs.) hicieron notar que son muchas las ideas jurídicas germánicas que viven todavía, aunque ocultas bajo un disfraz extranjero, y pidieron que el Derecho alemán se considerase «desde el punto de vista alemán.» En las Asambleas germanistas hubo completo acuerdo sobre la necesidad de exponer el Derecho alemán, no como un suple-faltas, sino como un verdadero sistema jurídico, y de rechazar su cultivo desde el punto de vista exclusivo de sus analogías con el Derecho romano. Junto á Mittermaier (v. la nota 72) y Beseler (*Debates de Lubeck*, página 334), habló en este sentido Christ (*Debates de Francfort*, págs. 77 y sigs , 187), que abogó también por la purificación alemana del lenguaje jurídico (páginas 80 81).

(78) Así, por ejemplo, Mittermaier, ya en 1837 (v. la nota 38). Welcker lamentaba en Francfort, como una circunstancia perniciosa, el que en la enseñanza universitaria fuesen exclusivamente los romanistas quienes explicasen las doctrinas generales,

y el Derecho germánico apenas jugase un papel en los exámenes; él creía que el Derecho alemán, comprendiendo en éste el público, debía formar la base de la educación jurídica (págs. 185-186). Mittermaier declaró ser «una vergüenza que allí donde se proponen doce cuestiones de Derecho romano, se propongan escasamente tres de Derecho alemán» (pág. 186), y pidió que los jóvenes siguiesen aprendiendo de parte á parte el Derecho romano; «pero que estudiasen con igual extensión el Derecho alemán» (pág. 188). Christ pensaba de igual modo; pero echó la culpa á los mismos germanistas y los excitó á emanciparse: era ésta, en su opinión, una guerra que sólo podía terminar con la victoria del uno ó del otro bando (páginas 186-187).

(79) *Debates de Francfort*, pág. 41.

(80) Christ fué el primero (año 1842) que volvió á declarar necesario y de posible ejecución en aquella fecha un Código alemán (v. la nota 38). La afirmación de Roth (*Archivo de jurisprudencia práctica* (*Archiv. für prakt. Rechtswiss.*, VIII, 304) de que en el fondo no hizo más que exponer la concepción de Thibaut, es completamente inexacta. Christ fué el primero en apoyar la codificación desde un punto de vista histórico y orgánico. Beseler emitió también en 1843 (*Derecho nacional y Derecho de los juristas*, página 235) serias consideraciones á favor de la codificación, pero admisibles únicamente «sobre la base de una reconstitución política de la nación.» Von Bethmann Hollweg (*Revist. p. la hist. del Derecho*, II, 62, nota 36) encuentra chocante que los germanistas

defendieran la codificación, «teniendo más razones todavía que los romanistas para rechazarla,» pues así como la legislación es una cosa romana, el nervio vital del Derecho germánico es la autonomía.

(81) En Francfort había defendido esto mismo Jaup, excitando á los congregados á realizarlo, para contribuir así «al poder de Alemania, á su concordia, á su unidad espiritual» (págs. 108 112). Sobre Enrique Carlos Jaup (1781-1860), v. Wippermann, *Biograf. general alem.*, XIII, 733 y sigs. En Lübeck la cuestión fué objeto de un profundo examen á propuesta de Mittermaier (págs. 205-223).

(82) Mittermaier (págs. 205 208, 217-218 y 219) y Christ (págs. 208-213 y 220) encontraron apoyo en Wilda (pág. 219) y Beseler (pág. 222). Thöl se excusó en absoluto, pues creía que por el pronto sólo era dable unificar el Derecho comercial (págs. 213-217). Blume, Wippermann y Falck se declararon también contra la ejecución inmediata (págs. 218-220).

(83) *Debates*, págs. 222-223. Fueron elegidos Albrecht, Althof, Behn, Beseler, Blume, Burchardi, Christ, Falck, Fein, Heffter, Homeyer, Kraut, Mittermaier, Pauli, von der Pfordten, Schnitger, Souchay, von Wächter, Wilda y Wippermann. Wachter renunció, y Homeyer se excusó por falta de tiempo. Esta Comisión no volvió á dar señales de vida.

(84) *Anales críticos de jurisprudencia alemana*, 1840, pág. 809.

(85) Así, en el segundo tomo se encuentra un largo artículo de Reyscher sobre la cuestión constitucional del Hannover. En 1848, y al mismo tiempo que la *Antiqua visigothica*, fueron objeto de un profundo examen los proyectos de constitución alemana y la ley sobre la introducción de un poder central provisional (tomo XII, págs. 167 y sigs., 305 y sigs. y 445 y sigs.) En el tomo siguiente (XIII), publicado en 1852, se ocuparon del conflicto constitucional del Hesse electoral (págs. 9 y sigs. y 87 y sigs.), L. Pfeiffer y Reyscher. Este último habla de su destitución á causa «de la oposición sistemática» que hiciera (págs. 444 y sigs.) La cuestión constitucional del Hesse electoral vuelve á tratarse en el tomo XIX (1859), págs. 444 y sigs.

(86) V. el resumen hecho en las notas 68 y 70.

(87) *Debates de Francfort*, págs. 50-51. Reyscher vió en esto una preterición por consideraciones de prudencia (v. su información en la *Revist. p. el Derecho alem.*, X, 494 y sigs.) Beseler opina, por el contrario, que Reyscher dió «la única nota discordante en aquella armonía no turbada por ninguna otra causa.» *Vida y aspiraciones*, pág. 54.

(88) *Debates de Francfort*, pág. 58.

(89) *Debates de Francfort*, pág. 7. Beseler, loc. cit., pág. 54. Treitschke, *Historia alemana*, V, 687.

(90) *Debates de Lubeck*, pág. 19. Sobre Cristián

Federico Wurm (1803-1859), v. Wohlwill, *Biograf. general alem.*, XXXIV, 326 y sigs.

(91) De los diez y ocho firmantes de la invitación, figuran en la Asamblea nacional Arndt, Beseler, Dahlmann, Gervinus, Jacobo Grimm, Mittermaier, Adolfo Schmidt y Uhland. Dahlmann, Gervinus, J. Grimm y Mittermaier (como Presidente) figuraron también en la Asamblea preliminar; Reyscher y W. Grimm sólo en ésta. De los otros colaboradores, se sentaron en el Parlamento Albrecht, Fallati, Michelsen, Stenzel, Waitz, Welcker, Wippermann, Wurm, por efecto de una segunda elección en 2 de Diciembre de 1848, y lo mismo Thöl; en la Asamblea preliminar, además de Albrecht, Welcker, Wippermann y Wurm, tomaron asiento Althof, Behn, Christ, Jaup, Kriegk, Souchay y Wächter. Dahlmann, Wippermann, Uhland, Albrecht, Jaup y Gervinus figuraron entre los diez y siete *hombres de confianza* de la Asamblea federal.—V. sobre Guillermo Eduardo Albrecht (1800-1876), R. Hübner, *Biograf. general alem.*, XLV, 743 y sigs.; sobre Juan Fallati (1809-1855), Klüpfl, ibid., VI, 558; sobre Andrés Luis Jacobo Michelsen (1801-1881), María Michelsen, ibid., XXI, 695 y sigs.; sobre Gustavo Adolfo Haroldo Stenzel (1792-1854), E. Reiman, ibid., XXXVI, 53 y sigs.; sobre Jorge Waitz (1813-1886), Frensdorff, ibid., XL, 602 y sigs.; sobre Carlos Teodoro Welcker (1790-1869), von Weech, ibid., XLI, 660 y sigs.; sobre Carlos Guillermo Wippermann (1800-1857), Wippermann, ibid., XLIII, 515 y sigs.; sobre Juan Enrique Thöl (1807-1884), Frensdorff, ibid., XXXVIII, 47 y sigs.—Dahlmann, Beseler, Waitz y Droysen perte-

necieron al Comité constitucional; Beseler (*Vida y aspiraciones*, pág. 62) cree que á ellos cuatro principalmente se refiere «la leyenda sobre el profesorado alemán.»

(93) Albrecht, Dahlmann, Gervinus y los dos Grimm figuraron entre los siete göttingueses; Beseler los había apoyado (*Vida y aspiraciones*, pág. 37; nueva edición, págs. 141 201), y Reyscher redactó á su favor el dictamen de Tubinga (impreso en la obra de Carlos Stüve, *Defensa de la ley constitucional del reino de Hannover* (*Verteidigung des Staatsgrundgesetz für das Königreich Hannover*), publicada por Dahlmann, Jena, 1838, en unión con los dictámenes de Jena y Heidelberg). En la cuestión del Schleswig-Holstein, Dahlmann, Beseler, Falck, Michelsen, Wurm y Gervinus, figuraron en la vanguardia con anterioridad á la Asamblea germanista de Francfort.

(94) El ejemplar de Grimm se encuentra en la Biblioteca universitaria de Berlín; la restitución (copiada de su original en el texto), hecha por Grimm, no es exacta del todo.—El libro de Hinrischen, que entra en consideraciones generales, filosóficas é históricas, sobre la esencia de la nacionalidad y su relación con el Estado, para concluir (págs. 214 y sigs.) haciendo una aplicación práctica á las cuestiones del presente, parte de la base de que las teorías germanistas han hecho desvariar á la nación alemana, y con soberbia insensata la han llenado de desprecio para el Derecho extranjero y de un afán insano de dominación universal. El autor declara (prólogo y págs. 221 y sigs.) que su objeto es combatir «la Alemania nacional teórica,

verdadero nido del odio popular; la teoría germanista de la hegemonía universal de Alemania, á causa de su superioridad; la concepción errónea de la historia corriente en Alemania desde hace algunos decenios,» etc., etc.—V. también las manifestaciones de Reyscher sobre la importancia de las Asambleas germanistas como «anillos de la cadena» que cerró el Parlamento (*Revist. p. el Derecho alem.*, XII, págs. 167 y sigs.) En la Asamblea preparatoria el profesor Kapp, de Heidelberg, exclamó: ¡Nosotros no somos germanistas, somos hombres de acción! (*Debates*, pág. 105).

(99) Prólogo á la segunda edición de su *Sistema del Derecho privado alemán* (*System des deutschen Privatrechts*), 1850, págs. XVII y sigs.

(100) Reyscher la rechazó desde luego con energía (*Revist. p. el Derecho alem.*, XIII, 1 y sigs.), y la reputó dirigida á Beseler, haciendo notar que éste «no dejaba en paz á la izquierda, y que como informantes disintieron algunas veces acerca del dominio directo.» Al mismo tiempo, censuró la pobreza de contenido de la obra de Gerber y el que «renegase del germanismo.»

(101) Así, por ejemplo, Eichorn (sobre su dirección política, v. von Schulte, págs. 96-98). Entre los principales germanistas que tomaron parte en las Asambleas en la polémica contra el romanismo, figuran: en Francfort y Lubeck, Mauricio Augusto von Bethmann Hollweg (1795 1877: v. Wach, *Biograf. general alem.*, XII, 737 y sigs.), y en Lubeck, Albrecht, Carlos Gustavo Homeyer (1795-1874: v. Frensdorff,

ibid., XIII, 44 y sigs.), Federico Blume (1797-1874: v. Stintzing, ibid., II, 734 y sigs.) y Teodoro Kraut (1800-1873: v. Eisenhart, ibid., XVII, 92 y sigs.) Augusto Guillermo Heffter (1796-1880: v. L., ibid., XI, 250 y sigs.) y Thöl abogaron por los romanistas (véase la nota 108). Gerber estaba presente en Lubeck; pero no tomó la palabra.

(102) Carlos Federico Gerber (1823-1891) fué el sucesor de Reyscher cuando éste fué destituído, y al mismo tiempo Canciller en Tubinga.

(103) *Sobre la característica de la ciencia jurídica alemana (Zur Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft:* Tübingen, 1851) y *Colección de estudios (Gesammelte Abhandl)*, I, 1 y sigs. Las ideas capitales aparecen ya en el prólogo á la primera y segunda edición de su *Derecho privado* (*Privatrechts*). —De un modo análogo se expresa en el *Estudio sobre el estado actual de la ciencia del Derecho privado alemán*, publicado en el *Anuario* de Schletter sobre jurisprudencia y legislación alemanas (*Jahrbuch der deut. Rechtswiss. u. Gesetz* 1855), I, págs. 97 y sigs., y en la *Colección de estudios*, I, 15 y sigs. Según él, después de haber empobrecido el Derecho alemán destrozando muchas de sus instituciones, se intentaba salvarlo con la exclusión del Derecho romano. Era lo mismo que si se quisiese salvar á un hombre enfermo con el sacrificio de uno sano. La única salvación estaba, á su entender, en vivificar de nuevo las ideas alemanas con los medios aportados por Savigny y Puchta. Y puso como ejemplo la construcción de las cargas reales en cuanto ampliación de la *obligatio*. Este mé-

todo, el único científico para él, consistía, no en «romanizar,» sino en «pensar jurídicamente.» Lo impugnaron aquellas «naturalezas sensibles,» que se asustan ante las «frías deducciones de la lógica» y ven disiparse la hermosa imagen del Derecho alemán que forjara su fantasía poética. Pero sólo eran sueños. Estos señores «hicieron á la conciencia jurídica del pueblo alemán el don de sus opiniones sentimentales.»

(104) Brunner, *El sistema hereditario anglo-normando* (*Das anglonormanische Erbfolgsystem:* Leipzig, 1869), págs. 7-8. «A Gerber le pareció tan bien la destrucción de las parentalias, que desempeñó su oficio como sepulturero de la intuición jurídica alemana, y la enterró, con su acostumbrada elegancia, en una nota de su sistema» (novena edición, 1867, pág. 651).

(105) *Debates de Francfort*, pág. 16. En la sesión inmediata lo combatió Christ, págs. 71 y sigs. También tiene relación con esto el que, en Lubeck, Grimm no fuera elegido Presidente por unanimidad, sino por 92 votos de 148 (*Debates*, pág. 3). Por lo demás, lo que dijo Grimm sobre el Derecho alemán en general era tanto más inaceptable para los germanistas, cuanto que el mismo Grimm creía que en el Derecho actual sólo se conservan vivos algunos fragmentos del Derecho germánico. Había mucho, á su juicio, que podía reconstruirse. «¿Y quién puede censurar á los juristas alemanes el que, llenos de patriotismo, tratasen de detener el navío patrio averiado, armarlo de nuevo y gobernarlo gallardamente hasta el puerto?» En la sesión siguiente declaró Grimm, ante las reconvenciones de Christ, que él no había querido decir que

el Derecho romano no debiese desaparecer en un día más ó menos lejano; pero que esto sólo podía obtenerse poco á poco y nunca mediante una purificación jurídica impuesta por la fuerza (*Debates de Francfort*, págs. 72 y 81). V. también sobre su posición frente al Derecho romano, R. Hübner, loc. cit., páginas 105 y sigs. A su conducta contribuyó poderosamente el influjo personal de Savigny (v. nota 28).

(106) Especialmente en los discursos de Christ (*Debates de Francfort*, págs. 72-81, y *Debates de Lubeck*, págs. 208-213. V. también la *Legislación nacional alemana*, págs. 82 y sigs., 159 y 160), y en parte también en los de Reyscher y Mittermaier.

(107) *Debates de Francfort*, pág. 81. He aquí por qué, á su juicio, no era conveniente demasiada unidad para no atacar á la naturaleza especial originaria de cada Derecho.

(108) Heffter habló en Francfort en nombre de los colegas ausentes, invitando á todos á poner término á una aversión que hacía aparecer al germanismo y el romanismo como dos hermanos enemigos, cuando, por el contrario, germanistas y romanistas debían marchar unidos (págs. 81 83). Mittermaier respondió que nadie había arrojado el guante á los romanistas, y que siendo como eran juristas alemanes, no necesitaban para acudir á las Asambleas una invitación especial (pág. 82). Warnkönig propuso que se los invitase formalmente para la próxima Asamblea. «Puesto que se les ha declarado una especie de guerra, es justo practicar el *audiatur et altera pars*» (pág. 82). Reys-

cher se opuso diciendo que allí se trataba únicamente de la defensa del Derecho alemán; que daba la bienvenida á romanistas como Warnkönig, que trabajaban al mismo tiempo en Derecho alemán; pero que si se invitaba á todos los romanistas, éstos formarían mayoría (pág. 83); y no se hizo la invitación. Thöl, en Lubeck, renovó la proposición ante la Sección jurídica en el momento de la apertura: se discutió vivamente; pero llegó el momento de disolver las Secciones sin que nada se hubiese resuelto (págs. 225-226). Sobre Leopoldo Augusto Warnkönig (1794-1866), v. von Beech, *Biografías badenses* (*Badische Biographien*), II, 425 y sigs., y von Schulte, *Biograf. general alem.*, XLI, 177 y sigs.

(109) Fué von der Pfordten quien principalmente formuló estas quejas en Lubeck (págs. 224 y sigs.) Dijo que por amor que tuviese á su cátedra de Pandectas la abandonaría en cuanto creyese que la enseñanza del Derecho romano hacía peligrar el gran porvenir de Alemania; pero que creía que su profesión era muy útil é importante, incluso para el progreso de la nación alemana, y que volvería á pisar su cátedra con la convicción renovada y robustecida de que él era un verdadero alemán (pág. 232).

(110) Beseler resumió todas estas observaciones de un modo concluyente (*Debates de Lubeck*, pág. 232). Mittermaier (*Debates de Francfort*, págs. 70, 83, 151 y sigs., 182 y sigs.), Reyscher (ibid., pág. 84), y el mismo Christ (*Debates de Lubeck*, pág. 82; v. también la *Legislación nacional alemana*, pág. 153), habían hecho análogas concesiones. Fué, por el contra-

rio, muy viva la oposición que levantaron las afirmaciones de que la recepción del Derecho romano fué una bendición, que sin ella hubiera dominado la barbarie (así, por ejemplo, Heffter, *Debates de Francfort*, pág. 82), y que nuestra conciencia nacional ha aceptado por completo el Derecho romano. V. especialmente Mittermaier, *Debates de Francfort*, páginas 65 y sigs. y 149 y sigs.; Michelsen, ibid., páginas 100-101 (observa que nadie se ocupaba de los bárbaros del Norte); Christ, *Debates de Lubeck*, págs. 210-211 (dice que no es exacto históricamente que en el fondo de todo ello hubiese un acto grandioso de Derecho consuetudinario, «porque el Derecho consuetudinario no existe sin el pueblo),» y Beseler, ibid., página 235 (pone el ejemplo de Inglaterra). Frente á las manifestaciones conciliadoras de Heffter (loc. cit.), Souchay (*Debates de Francfort*, pág. 155), y sobre todo de Thöl (*Debates de Lubeck*, págs. 215-217), que tendían á una fusión de la ciencia germanista y romanista, predominó el criterio de que ya que existía separación, era necesaria la lucha. En este sentido, concluyó Beseler (*Debates de Lubeck*, pág. 236): «La antítesis subsiste todavía, y por eso creo que seguirá la pelea, y que es preciso que todo alemán que se sienta con energías y esté convencido de cuál es la buena causa, acuda á la contienda con todas sus fuerzas; sólo la oposición y el combate pueden traernos lo que todos deseamos: una paz fecunda y honrosa. Mientras subsista la antítesis, dejadnos divididos en los dos campos germanista y romanista; pero considere cada uno, aunque sea alemán del bando germanista, lo mucho que puede admirar en el Derecho romano, y entonces la lucha se decidirá en bien de la patria.»—

Gaupp, en *El advenimiento del Derecho alemán* (*Über die Zukunft des deutschen Rechts:* Berlín, 1897), páginas 99-113, habla en un sentido conciliador de «la lucha entre el Derecho romano y el Derecho alemán.» V. sobre Ernesto Teodoro Gaupp (1796-1859), H. Schulze, *Revist. p. el Derecho alem.*, XX, 108 y sigs., y *Biograf. general alem.*, VIII, 425 y sigs.

(111) *Debates de Lubeck* (págs. 224-232, 236-238). Luis Carlos Enrique von der Pfordten (1811-1880) era entonces Profesor de Derecho romano en Leipzig. Sobre su influjo posterior, v. R. Mohl, *Recuerdos de mi vida*, II, 210 y sigs., 319 y sigs.—Sobre Carlos Jorge von Wächter (1797-1880), v. O. von Wächter, *Carlos Jorge von Wächter: Vida de un jurista alemán* (*Karl Georg v. Wächter, Leben eines deutschen Juristen:* Leipzig, 1881).—H. Dernburg, loc. cit., v. nota 42).—Von Eisenhart, *Biograf. general alem.*, XL, 435 y sigs. Entre los asistentes se encontraban también R. Ihering y Teodoro Mommsen.

(112) Von der Pfordten, pág. 226; Beseler, páginas 233-234.

(113) Von der Pfordten, págs. 229-230; Beseler, pág. 235.

(114) Von der Pfordten, págs. 228 y 230; Wächter, pág. 237 (notó el hecho de haberse valido del Derecho romano para impedir la colaboración de *los Estados* en la legislación territorial del Württemberg).

(115) Von der Pfordten, págs. 227, 231; Wächter, pág. 238 («no debe olvidarse—dice—que no todo Derecho nacional es popular, y que el Derecho romano mejoraría en muchos puntos la condición de nuestros campesinos: desconoce, en efecto, las servidumbres de caza, cárceles y trabajos corporales»).

(116) Von der Pfordten, págs. 230-231; Wächter, pág. 239 («cuando consigamos nuestro gran fin y rija un Código único, así en materia civil como en materia penal, habrá paz entre romanistas y germanistas, cesando por completo la oposición: por eso, nosotros queremos hacer presente que aspiramos á ese fin, no sólo para restaurar la paz entre los romanistas y germanistas, sino también para satisfacer el deseo más ardiente de nuestra patria y llegar á ver el día de su bienestar»).

(117) *Teoría del Derecho civil común* (*Theorie des gemeinen Civilrechts:* Altona, 1839), I, págs. IX y siguientes.—Juan Federico Kierulff (nacido en 1807) no tomó parte en las Asambleas germanistas, pero perteneció á la Asamblea nacional de Francfort.

(118) En su *Manual del Derecho privado vigente en el reino de Württemberg* (*Handbuch des in Königreich Württemberg geltenden Privatrechts*, I: Tübingen, 1842; II, 1851).

(119) Así, para citar únicamente los fallecidos, Carlos Jorge Bruns (1816 á 1880, v. Landsberg, *Biograf. general alem.*, XLVII, 306 y sigs.) y Aloys Brinz (1820-1887: Regelsberger, *Revist. crít. trimes-*

tral, XI, 1 y sigs.—A. Exner, *Recuerdos de Brinz* (*Erinnerungen an Brinz:* Wien, 1888).—Lotmar, *Biograf. general alem.*, XLVII, 241 y sigs.) Bruns venía del campo de la filosofía hegeliana; Brinz quería ser germanista; pero creía que debía estudiarse fundamentalmente el *Corpus iuris*, en lo cual era romanista. El mismo fin perseguía Bernardo Winscheid (1817-1892: v. sus *Pandekten*, I, §§ 9-10; pero no siempre pudo prescindir de las ideas romanistas. Rodolfo von Ihering (1818-1892) trabajó mucho contra el romanismo exclusivista; pues cuando Bethmann-Hollweg, en 1867, le acusó de parcialidad «por desconocer en absoluto el valor histórico universal del Derecho germánico,» se refería á su actividad posterior. Sobre Windscheid y Ihering, v. la *Relación* (*Vortrag*) de Eck: Berlín, 1893.

(120) Así, por ejemplo, el *Anuario del Derecho común alemán* (*Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*), que fundaron en 1857 Bekker y Mutter y subsistió hasta 1863, pretendía «defender honrosamente las ideas de la Escuela histórica;» pero también llevarlas á la práctica. Además, los *Anales de la dogmática del Derecho privado actual romano y alemán* (*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*), publicados desde 1859, y cuyos fundadores fueron Gerber y Ihering. Después, la *Revista para la historia del Derecho* (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*), fundada en 1861 por Rudorff, Bruns, Roth, Merkel y Böhlau, en cuyo programa (I, 1 y sigs.) se dice que tiene por objeto la historia de *todo* nuestro Derecho, porque el Derecho en Alemania patrio y extranjero forma «un todo in-

disoluble y es un producto propio y peculiar de nuestra cultura,» y, por otra parte, su historia tiene una relación viva y práctica con el presente, á cuyo progreso y perfeccionamiento debe servir todo trabajo del espíritu; en suma, el Derecho patrio debe considerarse como fué un tiempo considerado en la *Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico*.

(121) V. la *Revist. p. el Derecho alem.*, XX, 303-312.

(122) V., sobre el particular, Bluntschli en su trabajo sobre las modernas Escuelas jurídicas (v. la nota 36).—Gaupp, *Sobre el advenimiento del Derecho alemán* (*Über die Zukunft des deutschen Rechts:* Berlín, 1874), págs. 91 y sigs.—C. W. E. Heimbach, *Sobre una legislación civil común alemana* (*Über eine allgemeine deutschen Civilgesetzgebung:* Jena, 1848), páginas 10 y sigs —Gustavo Geib, *La reforma de la vida jurídica alemana* (*Die Reform des deutschen Rechtslebens:* Leipzig, 1848), págs. 16 y sigs.—C. F. Fer. Sintenis, *Sobre la cuestión de los Códigos civiles* (*Zur Frage von den Civilgesetzbüchern:* Leipzig, 1853), págs. 3 y sigs.—Von Bethmann-Hollweg, *Revist. p. la historia del Derecho*, VI (1867), págs. 64 y sigs.—Manuel Bekker, *Sobre el combate entre las Escuelas de Derecho histórica y filosófica* (*Über den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule:* Heidelberg, 1886).—Singer, *Revista para el Derecho actual privado y público* (*Zeitschr. für das Privat und öff. R. der Gegenwart*), XVI (1889), págs. 284 y sigs. y 303 y sigs.—E. Hölder, *Ciencia del Derecho filo-*

sófica é histórica (*Philosophische und geschichtliche Rechtswissenschaft*), publicado en la *Revist. p. la hist. del Derecho*, XXIV (1890), Sección de Derecho romano, págs. 52 y sigs.—Treitschke, *Historia alemana*, II, 58 y sigs. y 62.—Pfaff y Hoffmann, *Comentarios al Código general austriaco* (*Komm. zum Öst. Allg. Gesetzb.*), I, 194 y sigs.—Dernburg, *Pandekten*, I, § 17.—Regelsberger, *Pandekten*, I, § 7.°, págs. 43 y sigs.—Windscheid-Kipp, *Pandekten*, §§ 9 y 10.

(123) Thibaut volvió á atacarla violentamente en 1838, con el artículo *Sobre las llamadas Escuela histórica y no histórica* (*Über die sog. historische und nicht historische Schule*), ARCHIVO DE PRÁCTICA CIVIL, XXI, 319 á 391. El jefe más ilustre de la oposición, en el sentido de una «Escuela filosófica» basada en Hegel, fué Eduardo Gans (1798-1839) (el mismo Hegel, no obstante haber combatido victoriosamente el Derecho natural, calificó el trabajo de Savigny sobre la *Vocación* de «un insulto á la época»). Más adelante combatió la Escuela histórica Seitz, *La necesidad práctica de la reforma, contra la Escuela histórica* (*Das praktische Bedürfniss der Reform gegenüber der historischen Schule*, 1865), y, por último, en su trabajo posterior *La Escuela jurídica práctica en la evolución de la lucha de las Escuelas actuales, doctrinaria, histórica y del Derecho natural* (*Die praktische Rechtsschule in Entwickelungskampf mit den bisherigen doktrinären, historischen und Naturschulen*, 1895). Aún fué más rudo el ataque de Ihering á la concepción fundamental de la Escuela histórica, que reputaba insuficiente, y al método derivado de ella, que consideraba infructuoso. V., especialmente,

Burlas y veras en la jurisprudencia (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz:* Leipzig, 1884), págs. 337 y sigs.—*La voluntad en la posesión, con una crítica del método jurídico dominante* (*Der Besitzwille, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen methode:* Jena, 1889). Bechmann, loc. cit. (nota 11), páginas 16-17, le hizo duros reproches. Recientemente se ha puesto á la cabeza de los impugnadores Stammler, *Sobre el método de la teoría histórica del Derecho* (*Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie:* Halle, 1889).—*Economía y Derecho* (*Wirtschaft und Recht:* Leipzig, 1896; v., por ejemplo, páginas 36 y sigs.; 170, 186, 315 y sigs.; 470, 506 y siguientes, y 637).—*La teoría del Derecho justo* (*Die Lehre vom richtigen Recht:* Berlín, 1902); aquí no se repiten ya aquellas salidas injustas y de mal gusto contra la «Secta» de los jurisconsultos historicistas, que contenía, veladas, el ingenioso libro sobre *Economía y Derecho.*

(124) A su vez, los romanistas históricos de Savigny y Puchta han sucumbido muchas veces al peligro de considerar como manifestaciones del Derecho racional eterno proposiciones y conceptos romanos, y de incluir, por otra parte, en el Derecho romano lo derivado *a priori* «de la naturaleza de las cosas.» Con relación á este punto, dice Lasson, *Filosofía del Derecho (Rechtsphilosophie)*, pág. 19: «En la estimación exagerada de que goza el Derecho romano clásico, podrá reconocerse hasta un cierto grado una analogía de sus teorías con las del Derecho natural, válido para todo lugar y tiempo, y que no sólo no necesita ser descubierto, sino que existe realmente

como producto de las aptitudes admirables del espíritu del pueblo romano.» Más acerbamente todavía, censura Bekker (loc. cit., págs 19 y sigs.) las deducciones del Derecho natural en Savigny y los romanistas posteriores. (La crítica de Bergbohm, mencionada en la nota 12, se refiere á otra cosa.)

(125) El mismo Savigny no quiere contraponer á la «Escuela histórica» la filosófica, sino la «no histórica.» *Revista para la ciencia del Derecho desde el punto de vista histórico*, I, 2.—V. Bluntschli, *Escuelas jurídicas*, págs. 61 y sigs.—Lasson, loc. cit., pág. 19.

(126) Claro está que á la filosofía del Derecho no interesa únicamente la historia del Derecho romano y del germánico. No nos ocupamos aquí de la ampliación de nuestro horizonte histórico mediante la jurisprudencia comparada, y de la importancia de ésta en los estudios jurídicos, para no salir de los límites de nuestro tema.

(127) El «Derecho justo,» de Stammler (v. la nota 114 (*), ob. cit.), no es un Derecho igual siempre y en todas partes, sino un Derecho que la razón deriva del estado de la sociedad en cada tiempo, y que, como el natural, pretende ser el único legítimo (**).

(*) Se trata sin duda de un error. La nota 114 se refiere á los pasajes de von der Pfordten y Wächter sobre los daños que produjo por exceso la recepción del Derecho romano. Gierke se refiere aquí á la nota 123, donde cita las obras de Stammler.—*(N. del T.)*

(**) Un Derecho natural formal y sin contenido.—*(N. del T.)*

LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

SOBRE EL MÉTODO

DE LA

TEORÍA HISTÓRICA DEL DERECHO

por Rodolfo Stammler.

I

«... aun los más geniales no ven á dónde conduce en último extremo la concepción historicista, dejando á un lado los problemas que nos inquietan... En su interior falta á la Escuela unidad y claridad en la conciencia de sí propia, y se vería en grave apuro si hubiera de precisar aquello que la caracteriza.»

(STHAL, *Filosofía del Derecho (Philosophie des Rechtes)*, I, pág. 19.)

Todo aquél que en la actualidad intenta presentarse ante nuestro mundo jurídico para exponer algunas consideraciones de carácter general sobre el Derecho, debe saber de antemano que dirige la palabra á una colectividad estrechamente unida; pues aquéllos de

quienes puede esperar que le presten atención, tienen todos sus raíces en el mismo suelo, y á todos los enlaza el vínculo de una concepción común. Han ido juntos á la Escuela histórica: la ciencia del Derecho, desde el punto de vista del historicismo, fué la leche que á todos los nutrió. Cierto que no pocos, una vez fuera de la Escuela, se esforzaron por construir con independencia lo aprendido, y otros aspiraron á un nuevo alimento. Pero esto no ha sido obstáculo para que después, como antes, tengan los juristas un punto de unión, precisamente por el miembro intermediario de la jurisprudencia histórica, y que en todas sus excisiones domine sobre lo fundamental un estado común de opinión, muy digno, á pesar de sus muchos precedentes, de que se le haga objeto de una consideración nueva y distinta de las anteriores. En la situación descrita, está también el motivo de que la investigación se circunscriba una vez más al examen crítico de la doctrina de la dirección mencionada.

Ahora bien: la doctrina fundamental de la *Escuela histórica del Derecho*, significa una determinada filosofía jurídica. Tiende á imponer una opinión especial sobre el Derecho, y se propone una investigación sobre el origen del mismo, con la idea de obtener un conocimiento de valor universal. No fundó una *Revista* para el estudio de la historia del Derecho romano, del germánico ó de otro Derecho cualquiera, sino que creó un órgano para la ciencia del Derecho desde

el punto de vista del historicismo. Todas sus opiniones concretas derivan de una consideración fundamental, que no tiene por objeto un contenido jurídico particular, sino que, por el contrario, haciendo completa abstracción de cualquier contenido de tal naturaleza, trata de poner de manifiesto las verdaderas fuentes del Derecho. En cuanto nos ocupamos de la característica fundamental de la Escuela histórica, la cuestión misma del modo de manejar con acierto un sistema jurídico determinado cae por fuera de nuestro examen; es, por el contrario, la teoría del Derecho y del Estado de la Escuela de los juristas históricos, que podemos llamar más brevemente teoría histórica del Derecho, lo que habremos de examinar en su propio valor en las consideraciones siguientes.

Pero ¿dónde está el *criterio* de esta teoría histórica del Derecho?

El gran número de juristas históricos que en ocasiones tanto se distancian unos de otros por sus puntos de vista y sus exposiciones, ¿tiene un defensor ilustre de sus intereses? ¿Se da en el amplio círculo de los que colaboran en ese trabajo una dirección literaria que deba asumir la responsabilidad de la obra?

No sin escrúpulos podría citarse hoy día en este sentido á los fundadores de la Escuela histórica del Derecho. Los modernos los han abandonado á sabiendas en muchos puntos, y, sobre todo, en la cuestión que motivó principalmente la firme unión de los ju-

ristas históricos, ó sea en lo relativo á la codificación. Se ha puesto ya muchas veces de relieve, y con justicia, que Savigny ha negado la vocación para la legislación (codificativa) no tanto á su época como á cualquiera otra; pero los modernos, según ellos se expresan, son de otra opinión en este punto.

Y si existe en realidad una separación entre la dirección antigua y la opinión general moderna, habrá que preguntar: ¿cómo, á pesar de ella, puede afirmarse la existencia de un subsuelo común? La salida tan en boga de que en las exposiciones de Savigny se encuentra mucho de *parcial*, ó también la de que en su concepción ha sido vencido lo *extremo*, es imposible que pueda satisfacer. Si los principios de que partió fuesen firmes científicamente, no podrían convenirles ya tales predicados ni á ellos ni á las consecuencias que de ellos resultaban por necesidad.

En realidad, sólo un jurista, que yo sepa, ha intentado demostrar que, manteniendo por completo los principios de Savigny en una investigación cada vez más profunda, debería llegarse á otras deducciones con respecto á la legislación. Es Brinz, el cual, en una determinación de límites propia suya, separa la ley del Derecho (1); aquélla se origina «de un poder político,

(1) Discurso sobre *Ciencia del Derecho y legislación* (*Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, 1877), impreso en la *Allg. Ztg.* (*Revista General*), núm. 377 B: *Discurso para*

esto es, del Estado, y éste de una potencia espiritual,» «no siendo, en último extremo, más que un juicio..... que sólo en sí mismo encuentra su autoridad, en su propia verdad y firmeza, sin que por tanto esté, ni deba estar, revestido de poder exterior alguno, sino únicamente de una fuerza espiritual, ó sea de la que corresponde á la jurisprudencia.» «A la legislación toca el establecimiento de un sistema de vida en armonía con las necesidades y fines libres, morales y económicos de cada tiempo, mientras que lo jurídico es algo esencialmente lógico.» Que el jurista, en cuanto jurista, abandone la legislación, porque de otro modo entorpecerá la misión política de ésta; y tanto más, en cambio, se apresure á ganar para sí terreno y facultad evolutiva á la jurisprudencia futura; y que, á su vez, la legislación no se inmiscuya en la esfera de lo jurídico, porque en la región del juicio no caben mandatos. «De aquí se deriva—concluye Brinz más adelante—que la parte «política» de una codificación, que consiste en consideraciones y tendencias que nada tienen que ver con la jurisprudencia, en el ir y venir de los tiempos,» puede emprenderse en cualquier tiempo sin necesidad de esperar á que los juristas hayan acabado sus estudios; y que, por tanto, Savigny,

festejar el centenario del natalicio de Savigny (*Festrede zu Savigny's hundertjährigem Geburtstage*, 1879), especialmente págs. 8 y sigs.

en este respecto, pero sólo en éste, fué demasiado lejos. «Así, pues, la legislación estaría siempre indicada en el Derecho civil por su lado político, y jamás, por el contrario, en su parte técnica.» Pero queda por completo en la obscuridad de qué manera la *ley* y el *Derecho*, ó la *jurisprudencia* y la *legislación*, hayan de convivir con entera independencia, sin salir cada término de su propia esfera, marcada de un modo prohibitivo y manteniéndose en perfecta neutralidad respecto al otro; y cómo también pueda trabajarse en una codificación sobre lo uno, lo político, sin tocar siquiera y poner en movimiento aquella otra segunda parte: la técnica.

Así, los más de entre los juristas modernos han dirigido su mirada investigadora menos á las deducciones que á las premisas de la Escuela histórica más antigua. A veces, poniendo en duda el que los factores que allí aparecen como eficientes hayan sido bastante precisados y analizados y suficientemente determinada la naturaleza de su acción; tratando en otras ocasiones de demostrar, mediante consideraciones filosóficas más profundas, una mayor solidez en la doctrina, como últimamente lo ha intentado Kühnast (1) de un modo serio y fundamental; ya también por incidencia, afirmando que aquellas ideas «son

(1) *Crítica de la Filosofía del Derecho moderno (Kritik moderner Rechtsphilosophie*, 1887), págs. 6 y sigs.

místicas y nebulosas,» y que el concepto capital de la *convicción jurídica (Rechtsueberzeugung)* en el sentido peculiar de Puchta y Savigny ha de seguirse examinando y ponerse en claro (1).

De esta manera, la disonancia se extiende más allá de la cuestión legislativa, que, en realidad, no era tampoco de la que aquí queríamos ocuparnos. Pero de todos modos, su suerte es sintomática: también independientemente de ella creció sin cesar la diversidad de opiniones.

Partidarios entusiastas del historicismo han reprochado á la antigua dirección el error de presentar á la Nación únicamente como la entidad social en cuyo seno se origina el Derecho y se determina su carácter, siendo así que otras sociedades, como la familia, la parentela, las comunidades, lo han producido desde un principio; que dentro de la misma nación pueden surgir distintas formaciones jurídicas, y, finalmente, que es posible un Derecho internacional. Y por otra parte, apartándose bruscamente de la antigua doctrina, se ha afirmado el principio de la universalidad en la creación del Derecho.

Pero al prescindir de la referencia al espíritu creador del *pueblo,* en el sentido completamente especial

(1) V. Zitelmann, *Derecho consuetudinario y error (Gewohn-heitsrecht und Irrthum)* en el Arch. p. la Práct. civil, tomo 66 (1883), especialmente págs. 374 y sigs.

y característico de Puchta, se atacaba la unidad de la teoría en las que hasta entonces fueron sus últimas notas, y se ponía en cuestión de un modo amenazador toda base común.

El *espíritu nacional* había sido el santo y seña de la antigua Escuela histórica del Derecho; pero decayó continuamente. Se trató de sustituirlo con algo distinto: juristas históricos lo han ignorado en sus consideraciones filosóficas, y su existencia se ha negado desde luego en muchas ocasiones.

Así, la disolución gana terreno. Muy claro se ve en los continuos ensayos de reconstrucción, en doctrinas especiales y, sobre todo, en la teoría de las fuentes del Derecho. Surgen á cada paso nuevos puntos de vista, en que se trata de comprender en la concepción histórica los factores que impulsan la creación del nuevo Derecho, y siempre, tras de una reasunción, se intenta un mejor planteamiento de la cuestión de los límites entre la legislación del Estado y el Derecho consuetudinario. Mientras unos se afanan por determinar la significación de la práctica positiva y la costumbre para la formación del Derecho, otros á la teoría de un proceso evolutivo que se verifica pacíficamente contraponen la afirmación de que el Derecho se basa en la lucha, en la fuerza.

En vista de éstas y otras observaciones análogas, podría parecer como si la Escuela histórica del Derecho formase el punto de partida común para los

juristas actuales únicamente por lo que tiene de histórica; como si la tonalidad fundamental, común á todos, estuviese tan sólo en su posición negativa frente á la teoría jurídica dominante antes del advenimiento de la jurisprudencia historicista.

Pero no es así. La jurisprudencia actual ha conservado algo de la Escuela histórica del Derecho, un criterio común de contenido positivo y de significación más precisa para todos, á saber: la naturaleza y forma del procedimiento científico, el método.

Todos querían penetrar en el continente y explorar sus regiones desconocidas; pero los puntos de la costa desde donde lo intentaba cada uno eran en gran manera diferentes. Aun aquéllos que partían del mismo punto, en la mayoría de las ocasiones se separaban inmediatamente para trabajar cada cual con sus propias fuerzas. El resultado era también diferente, y en todo esto sólo tenían de común que practicaban de igual modo el arte de construir sus viviendas y señalaban sus calles por iguales reglas.

La forma de poner la cuestión la Escuela histórica del Derecho, se caracteriza porque, según ella, se trata de determinar qué factores son los que realmente toman parte en la producción del Derecho. ¿Cuál es la verdadera raíz del Derecho y del Estado? ¿Cuál la naturaleza de las causas que impulsan la creación del Derecho? ¿Cuáles las fuentes positivas del mismo? Se afanan por comprender en una fórmula uni-

taria las fuerzas que cooperan en el nacimiento del Derecho; se aspira á referir la creación de éste á un factor último invariable.

Y el método en el cual se completa esta dirección, consiste en la generalización de los casos históricos que pueden observarse á través de las nuevas creaciones jurídicas; pero esto va unido en las concepciones más modernas, á la pretensión consciente de que sea aquél, con exclusión de otro cualquiera, el procedimiento oportuno para las consideraciones filosóficas en materia de Derecho. Así, por ejemplo, Dahn dice que el investigar los principios del Derecho «sólo es posible mediante el estudio empírico de los Derechos históricos (1).»

Una manera unitaria de formular los fundamentos reales de todo nacimiento del Derecho sobre la base de una investigación empírica que ha de generalizarse: he aquí los moldes en que parece se encierra el método de la teoría histórica del Derecho.

Con esto queda contestada la pregunta propuesta más arriba acerca de la existencia de un criterio común en el estado de opinión dominante en la jurisprudencia actual. Sería innecesario ofrecer una prueba más documentada de nuestro aserto: ya antes hemos mostrado, con suficiente claridad, que los llama-

(1) *La razón en el Derecho* (*Die Vernunft in Recht*, 1879), pág. 13.

dos impugnadores de la Escuela histórica de ordinario la han atacado sólo en sus resultados, y no en la posición de la cuestión y el método tal y como acabamos de constatarlos. Y tampoco ofrecería para mí ningún género de duda, aun prescindiendo por completo de las manifestaciones expresas en este sentido, que la forma y manera indicada del procedimiento y conducta científicos, es para los juristas modernos la única exacta y legítima, de suerte que puede designársela en general como la opinión dominante entre ellos acerca de la teoría del Derecho.

Por lo demás, la unidad, dentro de la ciencia jurídica actual en lo relativo á nuestros problemas, se limita al llamado elemento formal; en lo restante, en todas y cada una de las materias, puede observarse una división característica y una confusa abundancia de opiniones. Los autores, cada vez más numerosos, se mantienen unidos por el vínculo tantas veces citado, por la forma de la cuestión y el procedimiento; pero esto, para conseguir un resultado común en servicio de aquel miembro de unión, es demasiado débil, y demasiado potente, por el contrario, la individualidad de cada uno. El que hoy día deje correr la vista sobre el confuso abigarramiento de la literatura relativa á esta especialidad, experimentará fácilmente una impresión parecida á la que produce la contemplación del Sacro Romano Imperio germánico en sus últimos tiempos: muchas, muchísimas entidades

particulares, con mayor ó menor independencia, y, sin embargo, al menos para la consideración académica, derivando toda su fuerza del Emperador, cuyo poder de hecho era bien escaso en realidad.

Este método, como medio y camino para obtener un conocimiento jurídico de valor universal, fué introducido en realidad por la Escuela histórica del Derecho, y desde entonces ha quedado como el método común entre los juristas. Pero mientras los antiguos, como veremos, nunca afirmaron de una manera tan exclusiva que fuera necesario circunscribirse á este método como el único admisible para la filosofía del Derecho, la opinión dominante hoy día le ha otorgado por completo esta significación. Y considerando este hecho como un progreso evidente, se esfuerza por llevar adelante, y cada vez con más rigor, su exclusivismo, en la forma y manera de la investigación científica.

Pasemos, pues, á examinar el método de la teoría histórica del Derecho en su utilidad y en sus medios.

II

«Es ya una buena, indispensable, prueba de prudencia y de talento el saber lo que debe preguntarse racionalmente; porque si la cuestión es impertinente de suyo, ó no es susceptible de una contestación sensata, aparte de la vergüenza que esto significa para el que la hace, ofrece el inconveniente de inducir al que contesta inadvertidamente á respuestas absurdas, y de dar el espectáculo ridículo de dos personas, de las cuales (como decían los antiguos) la una ordeña al macho y la otra le sostiene una criba.»

(KANT, *Crítica de la razón pura (Kritik der reinen Vernunft)*, 2.ª ed., pág. 82.)

Cuando se trata de la forma y manera del procedimiento y modo de conducirse en las ciencias, y va á examinarse en su propio valor el método de una dirección científica determinada, es evidente que lo primero de todo es darse cuenta con completa clari-

dad del fin á que se aspira. ¿Qué es propiamente lo que se quiere saber? ¿Qué es, en definitiva, lo que puede preguntarse racionalmente? Si reina conformidad sobre este punto, también podrá obtenerse un acuerdo acerca del valor de aquel método en virtud del cual se espera un resultado satisfactorio.

Ahora bien: en la teoría histórica del Derecho se trata, como hemos dicho ya, de una consideración filosófico-jurídica, de reflexiones que caen por fuera del conocimiento de un sistema jurídico especial. De aquí que también llegara desde luego á nuestro campo algo del viento de la discordia que reina en lo relativo á la misión y oficio de la filosofía en general. El filósofo, precisamente, tiene, según Dahn (1), la necesidad de «comprobar su principio en las formas típicas más importantes del Derecho y del Estado que encontramos en la Historia;» de suerte que el que esto pretendiera podría también promover una discusión sobre los principios filosóficos.

Sin embargo, aun aquél que penetra en nuestra cuestión, no como filósofo del Derecho, sino como jurista filosófico; que no intenta descender de un principio filosófico á un fenómeno jurídico concreto, sino que, por el contrario, partiendo del conocimiento de los sistemas jurídicos existentes y elevándose sobre él,

(1) *Materiales de construcción* (*Bausteine*, 1883, escritos en 1869), pág. 146.

desea llegar á saber algo del Derecho; un jurista al cual, cuando investiga lo que de universal y necesario cabe afirmar en el orden del Derecho, puede y debe servirle de norte y modelo metódico una filosofía científica, que no es, en cambio, la que puede darle el problema mismo; aun aquél, repetimos, que se encuentre en esta situación, echará de menos seguridad y unidad en el modo como los trabajos publicados hasta el presente proponen las cuestiones fundamentales.

Porque, aun prescindiendo en absoluto de la famosa información acerca de la aparición primera del Derecho en este mundo, la cuestión acerca de lo que en último extremo se quiere saber, adelantaría muy poco terreno con las manifestaciones tan en boga de que hay que investigar «la esencia,» «los principios,» «la naturaleza,» «el fundamento primero.» Esto viene á ser, con demasiada facilidad, lo mismo que incluir de nuevo en un sistema filosófico desenvuelto y construído ya en su contenido, la consideración del Derecho. Pero, cuando menos, aquellas cuestiones, si no llevan ya implícita en sí mismas la respuesta, resultan casi ininteligibles, y esperan una como nueva explicación y demostración del sentido en que se consideran. No forman ciertamente el objetivo fijo de un conocimiento digno de adquirirse, cognoscible con seguridad por todos y útil para precisar la fecundidad de un procedimiento científico determinado.

Las más de las veces se ha renunciado á formular unitariamente el problema, resolviendo la cuestión final en una suma de cuestiones especiales. De ordinario, en muchas: apenas empiezan á enumerarse, cuando tras de la una viene inmediatamente la otra, y en un instante, aquél á quien se dirigen se encuentra abrumado por unas cuantas docenas de preguntas, terminando el confuso catálogo con un *y así sucesivamente*, ó la afirmación de su fácil aumento (1). Pero esto no puede servirnos para lo que aquí deseamos saber, porque mientras el problema no se propone en su totalidad y se pregunta á ciegas, los varios puntos dudosos aparecen únicamente como las opiniones y exposiciones especiales de los autores de filosofía del Derecho, revestidas ocasionalmente con el ropaje de cuestiones. Cierto que en ellas debe suponerse implícita la proposición del problema, ora se entienda tácitamente aceptado, ora permanezca oculto en el fondo de cada una; pero, por más que así sea, la simple enunciación de las múltiples consideraciones generales sobre el Derecho, no nos acerca ni poco ni mucho á la determinación de la forma en que racionalmente debe ponerse el problema fundamental.

(1) Ahrens, *Derecho y ciencia del Derecho en general* (*Recht und Rechtswissenschaft im Allgemeinen*), en la *Enciclopedia jurídica* de Holtzendorff, 2.ª ed. (1873), pág 21. Gierke, *Derecho natural y Derecho alemán* (*Naturrecht und deutsches Recht* (1883), págs. 5 y sigs.

De aquí que debamos ver si existen algunas cuestiones de carácter general á cuya proposición vaya impulsado espontáneamente el jurista al reflexionar sobre un determinado sistema de Derecho, y á las cuales, sin embargo, no pueda dar respuesta con el conocimiento de su propio Derecho ó el de cualquiera otro. Tomadas con todo rigor, deberían aparecer como problemas claramente cognoscibles para todo sér inteligente, y que no contienen en su enunciación dato alguno que haga esperar una respuesta en éste ó el otro sentido.

Ahora bien: estos problemas son dos. Se pregunta:

En primer término: aquello que *es* Derecho, ¿*debería* también *ser* Derecho?

En segundo término: ¿cómo es posible que de la infracción del Derecho pueda nacer un nuevo Derecho?

He aquí dos problemas respecto de los cuales puede convencerse cualquiera de que llenan las condiciones requeridas y evitan los defectos de las cuestiones finales indicadas más arriba. Cierto que al tratar de darles una solución satisfactoria, podrán fácilmente salirnos al paso, con el carácter de términos intermediarios, dificultades y cuestiones análogas á las que, según decíamos hace un momento, se proponen en la mayoría de los casos. Pero, de todos modos, en nuestros problemas se ofrecen cuestiones sólidamente fundadas, respecto de las cuales, cuando se las consi-

dera en sí y para sí, no cabe desacuerdo; de suerte que podemos ya tener una gran seguridad de que ni surgirá tan rápidamente la separación, ni nos extraviaremos con tanta facilidad, como otras veces ha ocurrido con harta frecuencia.

Ante todo—con lo cual volvemos otra vez á nuestro comienzo,—ahora es cuando puede concluirse con certeza algo sobre el valor y utilidad de un determinado procedimiento científico; ahora es cuando cabe preguntar si el método de la Escuela histórica del Derecho está en condiciones de llevarnos á una solución satisfactoria de nuestros problemas y á una *teoría del Derecho* de valor universal que haya de construirse sobre esa base. Claro está que es muy difícil exponer alguna cosa con intención crítica sin descubrir claramente, al propio tiempo, lo que llevamos en nuestro espíritu acerca de esa materia. Sin embargo, las consideraciones que siguen versarán exclusivamente sobre la teoría histórica del Derecho, y sólo deberán ocuparse de otras investigaciones filosófico-jurídicas discordantes metódicamente de esa dirección, cuando mediante ellas pueda la teoría jurídica de la Escuela histórica recibir una ilustración luminosa. He aquí las dudas y reparos que determinan el contenido del estudio que sigue. A mi juicio, teniendo en cuenta el estado común de opinión sobre lo fundamental que al principio notamos, habrá de parecer bastante motivada la expresada limitación del tema, por más que

nuestra exposición siguiente—tomada de un círculo más amplio de los estudios del autor—tenga también un carácter programático, por decirlo así, para la solución positiva del problema.

He aquí cuál ha de ser el resultado de nuestra investigación actual. La forma de proponer la cuestión y el método de la teoría histórica del Derecho, no pueden adaptarse en general á nuestros dos problemas, y el procedimiento de la Escuela histórica del Derecho no está en condiciones, por su propia naturaleza, de dar solución satisfactoria á aquellas dos cuestiones con que siempre han de tropezar los juristas. La investigación llevada á cabo con arreglo á este método, no puede darnos lo que hay derecho á exigir de una base filosófica para la ciencia del Derecho; es insuficiente para explicar y demostrar una teoría del Derecho, y por eso la opinión de muchos partidarios de la Escuela histórica, de que la determinación obtenida mediante aquella investigación sea la única exacta, es insostenible científicamente.

III

> «... El jurisconsulto, pero sólo el jurisconsulto filosófico, es el llamado á servir de consejero al legislador del Estado.»
>
> (Feuerbach, *Sobre Filosofía y Empirismo en sus relaciones con la ciencia positiva del Derecho (Uber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft)*, pág. 94.

La primera de nuestras cuestiones, concebida en estos términos: «¿aquello que es Derecho debiera también valer como Derecho?» no quiere decir lo mismo que la pregunta: «¿qué es lo que debería ser Derecho?» Esto supondría ya que estábamos en el caso de precisar un término universal de esa clase, y no podría darnos, por consiguiente, una posición final, segura, del problema. Nuestra cuestión deja por completo en la incertidumbre la posibilidad de formular alguna conclusión sobre el contenido del Derecho independientemente del conocimiento del Derecho histórico; nada anticipa, como no sea que el De-

recho existe realmente, á lo cual podamos anudar la proposición enunciada.

El pensamiento humano no se satisface nunca con el conocimiento del Dereeho tal y como rige. Con cien motivos diferentes se alza la duda acerca de lo que se da en la realidad; en todo tiempo el escepticismo indignado surge en llamaradas mil amenazando lo existente, demandando una respuesta, exigiendo una satisfacción. La cuestión última que puede proponerse al jurisconsulto es *la del Derecho de su Derecho*. ¿Y ante qué Tribunal habrá de llevarse? ¿Cuál debe ser el procedimiento para resolverla?

Observando la posición que toma la ciencia del Derecho desde el punto de vista del historicismo con relación á esta materia, podemos constatar inmediatamente que la actividad en que estriba, ó sea la investigación de la evolución histórico-jurídica, no puede tenerse en cuenta para la cuestión propuesta en este lugar. Con la exposición más escrupulosa del camino que han seguido en su evolución una regla de Derecho ó una institución jurídica, no puede reducirse al silencio la duda de que se trata. La pregunta y la respuesta no coinciden por su naturaleza. ¡Quién podría oponer á una exigencia social democrática la narración histórica de cómo se han desarrollado, por ejemplo, la forma actual capitalista de la producción, ó ésta ó aquella organización de la propiedad privada! ¿Ó será necesaria todavía una nueva demostración de

que la noticia fatal de que todo «se explica históricamente» nada significa, en último extremo, sino que «lo explicado» de esta manera no tiene ya al presente—como de ordinario se dice—sentido ni razón de ser?

Un juicio *in concreto* de esa naturaleza, sólo puede querer decir que un fenómeno particular, dentro de un sistema jurídico determinado, no puede comprenderse sino en relación con otros de la misma clase. Pero la duda que forma nuestra cuestión no se limita á una relación tal de fenómenos jurídicos especiales. Requiere que la legitimidad de los preceptos jurídicos se funde en algo más que la mera conexión del Derecho histórico, y se eleva sobre la consideración de la esencia de un sistema cualquiera de Derecho; necesita indispensablemente (dese ó no cuenta de ello el que ha de juzgar) de un criterio independiente del Derecho histórico, y demanda un principio objetivo que pueda suponerse implícito en el juicio sobre todo Derecho especial como norma segura del mismo.

Ahora bien: ¿de qué modo promete contribuir á resolver este problema el método de la teoría histórica del Derecho?

La forma y manera del procedimiento historicista va dirigida en definitiva, como hemos visto ya, á investigar en general las fuerzas que influyen positivamente en la formación del Derecho; á formular, del modo más unitario que sea posible, los motivos determinantes á que suele estar sometida la evolución jurí-

dica. Los resultados de esta investigación discrepan mucho en ocasiones, y las respuestas, en lo relativo á los influjos positivos y las causas reales, han sido muy diferentes las más de las veces. Pero aunque fueran otros dichos resultados, siempre podremos mostrar de antemano que entre ellos y nuestro problema media un abismo profundo, y que jamás podrá hacerse que uno y otros coincidan en cuanto á su naturaleza.

Si aquellos motivos determinantes de la formación del Derecho tienen que obrar de esta manera y no de otra; si la evolución cumplida lo ha sido de un modo absolutamente necesario: he aquí la primera cuestión. ¿Son *fuerzas naturales* exclusivamente las que aquí hay que tomar en consideración? ¿La formación del Derecho está sometida á la causalidad incontrastable de los factores que persigue la investigación histórica? Y en tal caso, ¿no debería rechazarse desde luego como imposible la cuestión de si el Derecho existente debiera serlo también, y como absolutamente infundada la duda de que hablábamos no há mucho, por efecto del carácter puramente natural de aquello mismo que se pone en duda?

«En rigor, es completamente imposible el rechazar lo existente, que nos domina de un modo fatal, de suerte que, aunque podamos hacernos ilusiones sobre ello, no podemos variarlo (1).»

(1) Savigny, en la *Revista para la ciencia del Derecho*

Acaso sea ésta la opinión de muchos de los partidarios actuales de «la ciencia del Derecho desde el punto de vista del historicismo»—y no sería malo ciertamente, porque tratándose de *fuerzas naturales* que no atienden á buenas razones, podrían ahorrarse ulteriores intentos de crítica demoledora sobre el contenido de nuestro proyecto,—y acaso no lo sea (1). Hasta qué punto se contenga implícita de una ó de otra forma esta opinión en el afán por la evolución de hecho, es cosa que permanece demasiado oculta y obscura para que pudiéramos decir con seguridad algo sobre el particular; el mismo asentimiento á la desdichada comparación entre el establecimiento del Derecho y la elaboración de los productos naturales de la lengua, que en muchos se encuentra, no explica con bastante claridad la verdadera opinión de éstos. Y, sin embargo, los juristas podían haberse dado cuenta de la distinción evidente entre la declaración de las fuer-

desde el punto de vista histórico (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft), tomo I, 1815, pág. 4; v. también página 6: «la materia nacida por obra de una necesidad interna.»

(1) Recientemente Bekker, *Sistema y lenguaje del proyecto*, etc. *(System und Sprache des Entwurfes u. s. w.)*, 1883, pág. 65, al mismo tiempo que habla de las *leyes necesarias de la evolución jurídica*, tiene la pretensión de que el Derecho «debe ser útil para los fines que con él queremos alcanzar.»

zas que determinan realmente el Derecho y el examen de la necesidad absoluta de su acción, *quæstio facti* y *quæstio iuris*, de las cuales la última es la que aquí nos ocupa. En cambio, la mera determinación de los factores que han ejercido un influjo real, nada permite decidir acerca de la legitimidad de este mismo hecho.

¿No deberán, pues, referirse las leyes jurídicas á la voluntad de los sujetos racionales, que son los únicos á quienes puede ponerse la cuestión de cómo habrían de conducirse en el establecimiento de las reglas heteronómicas que forman el Derecho? Y de esta suerte, la formación del Derecho, en vez de consumarse de un modo absolutamente necesario, ¿no nace más bien —para decirlo en pocas palabras—de la libertad del legislador?

Sabido es cómo esta cuestión se ha concebido de la peor de las maneras. «Sobre esto dicen los unos que cada edad produce libre y arbitrariamente su vida, su organización:» de aquí que, según esta opinión—cree Savigny,—«el Derecho puede producirse en todo momento por el arbitrio de las personas investidas con el poder legislativo, con absoluta independencia del Derecho de los tiempos pasados, según sus convicciones únicamente, tal y como las trae consigo el presente momento histórico (1).» Y empleando otro giro, un historicista posterior se contenta con decir: «Hay una

(1) Savigny, loc. cit. (nota 1.ª de este cap.), 3 y 6.

creencia cándida, infantil, de que el Derecho se crea por los reyes y que éstos lo varían á su gusto (1).» ¿Tendremos necesidad hoy mismo, ya que, como se oye decir, la consideración filosófica florece de nuevo junto al sentido exclusivamente histórico, de rechazar suposiciones tales con respecto á la pregunta que hemos formulado? ¿Habremos de decir expresamente que no queremos significar que el *legislador libre* haya de considerarse como un sér supremo que, apartado del mundo, no está sometido en sus acciones á ninguna causalidad?

Cierto que el establecimiento del Derecho, como es natural y sucede en todas las acciones humanas, está sometido á motivos determinantes empíricos. Pero ¿obran éstos con tal necesidad que lo que ocurre no pudiera ocurrir de otro modo? ¿ú obra, por el contrario, el legislador con independencia de las causas determinantes de la vida, en el sentido de que puede ser determinado por la razón á proceder como deba?

Y en esta pregunta nos detenemos. Porque en este lugar, y para el fin de poner en claro una de las cuestiones finales que se nos imponen, tenemos muy bastante con indicar la posibilidad de contestar alterna-

(1) Bruns, en la *Enciclopedia jurídica de Holtzendorff*, 4.ª ed., 1882: *Historia y fuentes del Derecho romano* (*Geschichte und Quellen des römischen Rechtes*), § 2.º

tivamente; no cabe duda que de esa posibilidad dependen toda ulterior reflexión y todas las conclusiones acerca de la cuestión que hemos formulado al principio de este parágrafo. Si el Derecho es un producto natural, necesario de toda necesidad, no tiene razón de ser nuestra duda; en cambio, ésta se elevará sin cesar frente al Derecho, como voluntad de sujetos racionales que somete á otras voluntades; y no habrá fuerzas humanas que basten á reducirla al silencio, como no sean buenas razones derivadas de principios sólidamente fijados. La primera de las cosas que se requieren para la solución de nuestro problema, es colocarse en uno de los extremos de la alternativa; la otra, que al contestar afirmativamente á la segunda parte de la pregunta que hemos hecho más arriba (¿y cómo, en último extremo, podríamos evitarlo?), busquemos el criterio y la norma según el método de la filosofía crítica y lo establezcamos en su propio valor. A él no puede sustraerse ninguna determinación distinta de la idea del Derecho. Aun con respecto al mismo *espíritu popular*, de Puchta, que ha de originar el Derecho, ó sea *una* convicción común de los que viven en comunidad *jurídica* (1), lo primero que habría de

(1) Esta definición del orden del Derecho se encuentra en las *Pandectas* de Puchta, § 10. Rudorff, en su escrupulosa edición (11) del libro (1872), la acompaña de las siguientes palabras: «Sobre el concepto del Derecho, véase Trendelenburg, *Derecho natural (Naturrecht)*, § 46.»

ponerse en cuèstión es si posee una fuerza natural irresistible.

Y ahora afirmo yo: la Escuela histórica del Derecho y la doctrina dominante en la jurisprudencia actual, que está bajo su influjo, no han considerado con bastante atención los postulados de que queda hecho mérito, ni han puesto en claro su carácter de absoluta necesidad. Por el contrario, han pospuesto la alternativa elemental antes indicada; y al buscar únicamente una generalización de la génesis positiva de los hechos, no pueden darnos la medida fundamental á que hay que referirse al evaluar el Derecho empírico. Cierto que por todas partes se encuentran extensas consideraciones acerca de la relación entre el Derecho y la moral, y muy rara vez sobre la que se da entre el Derecho y la naturaleza física; pero de ordinario son más bien de carácter descriptivo, y consisten generalmente en la exposición de las funciones positivas, con el objeto de cerrar exteriormente la esfera del Derecho para recorrerla después en todas direcciones; por otra parte, estas consideraciones suelen tomar como punto de partida el individuo, para poner de manifiesto su libertad ó su determinismo, como, por ejemplo, lo intentó Puchta (1) partiendo de una metafísica propia suya construída dogmática-

(1) En la *Enciclopedia* con que iniciara el curso de Instituciones, 1841.

mente. En cambio, la posicion fundamental, decisiva, del problema, no se ve nunca aplicada al Derecho constituyente (1). En la contraposición de las reglas heteronómica y autonómica, en que se resuelve en definitiva toda distinción entre la ley jurídica y la ley moral, se han considerado ciertamente cada uno de los sometidos á la ley en su cualidad de sér libre ó determinable patológicamente; pero nadie se ha acordado de examinar si por su parte la producción del Derecho está sometida á la causalidad de factores que obran con necesidad natural ineludible, ó á la de la razón. Ni tampoco hubieran podido hacerlo, porque de otro modo hubieran sido infieles á la divisa del historicismo, que es la investigación exclusivamente empírica de los derechos históricos. Pero con sólo esta forma de poner la cuestión, sería imposible darse cuenta claramente acerca del carácter de la causalidad en el establecimiento del Derecho: esto sólo puede conseguirse con el método de la filosofía crítica, sin el cual todo ello habrá de quedar en la obscuridad y en la inseguridad, con todas las consecuencias perjudiciales que se enlazan por fuerza con la ocultación de

(1) En Bruns, loc. cit. (nota 4.ª de este capítulo), se encuentra incidentalmente una corta observación acerca de que «no debe abusarse de la idea de la necesidad natural ineludible, para limitar, en atención á ella, el juicio sobre el valor ó escasa importancia de las instituciones existentes y el deseo de su derogación.»

una antítesis fundamental. ¿O es, por ventura, que estaba reservado á la intuición histórica el descubrir, junto á aquellas dos formas de la causalidad, una tercera distinta de ellas, que no fuese ni necesidad natural ineludible ni libertad? ¿Acaso una mezcla de estos términos, como si fuera el Derecho consuetudinario lo forzoso y la legislación lo libre?

Ahora bien: aunque la teoría histórica del Derecho carezca de una clara enunciación de esta cuestión fundamental, y esté, por tanto, privada de la condición primera é indispensable para la solución del problema propuesto, nunca se ha renunciado por completo, ni aun por parte de los juristas exclusivamente históricos, á buscar un punto de mira al cual deba encaminarse el Derecho. Nadie se libra nunca de la necesidad de una crítica del Derecho positivo, sobre cuya base pueda hacerse responsable al legislador de la ulterior producción jurídica. El que una proposición de Derecho haya sido positivamente creada, deja por completo en pie, renovándola continuamente, la cuestión de su derecho á subsistir. Los preceptos jurídicos, para aparecer como legítimos, habrían de poder ajustarse á algún patrón.

En esta aspiración á una norma para el Derecho, es absolutamente necesario el colocarse, con toda espontaneidad, en uno de los términos de la alternativa fundamental antes indicada. Pero la teoría histórica del Derecho no se ocupa de determinar de antemano

con seguridad y de poner en claro ese particular como siendo una consideración de carácter fundamental; y al intentar seguir adelante, sin preocuparse de tal cosa, pretende otorgar á la investigación empírica el derecho exclusivo de resolver los problemas mismos de que aquí nos ocupamos. La opinión de esa dirección jurídico-filosófica es que, mediante el conocimiento histórico, podría llegarse á aquello que debe sustituir al Derecho positivo.

Esto se ha intentado de dos maneras distintas: creyeron, primero, que era posible llegar á lo que *debería ser*, con sólo el conocimiento del Derecho existente; y en segundo lugar, pensaron alcanzarlo, cuando menos, mediante la investigación de los otros hechos históricos.

Lo primero se ha defendido con toda seriedad por un jurista muy profundo (1). Lo existente, cree él, puede proporcionarnos la medida para su propio juicio y los modelos para su reforma, como lo enseña la analogía de otras esferas de la ciencia: así la de la Medicina, en la cual, con la observación de los hombres sanos y enfermos, obtenemos el tipo de una constitución normal; ó la de la Botánica, en la cual se des-

(1) Merkel, en la *Revista para el Derecho público y privado* (*Zeitschrift für öffentliches und Privatrecht*), tomo I, 1874, págs. 418 y sigs.; v. también el mismo en los *Cuadernos filosóficos mensuales* (*Philosophische Monatshefte)*, tomo XXIV, 1887, pág. 82.

arrolla un modelo de las formas normales de una especie vegetal, que permite distinguir los ejemplares desmedrados é imperfectos de los formados normalmente. Aquí, por de pronto, parece que se olvida que ni el hombre *normal* ni la planta *normal* son objetos de la experiencia, sino que sólo existen en la idea. Si creyéramos que podían obtenerse mediante la observación de los objetos que aparecen en la experiencia, estaríamos en un error; no es observación empírica, sino silogismos, lo que únicamente puede llevarnos á ese fin.

Pero lo más chocante de todo es que en la opinión anterior se coloquen inmediatamente unos junto á otros, y hasta se confundan los problemas de la ciencia física y los de la Etica. Cuando consideramos las *acciones del legislador* (para conservar giro del lenguaje) en cuanto sér racional, nos ocupamos de un *deber*, de algo que no ha sucedido todavía, por más que sirva como guía de valor objetivo para la voluntad; pero en modo alguno tratamos de cosas existentes, de objetos de posible experiencia. Y, por el contrario—las reflexiones citadas al principio de este párrafo nos obligan á esta aclaración elemental,—á la ciencia de la naturaleza física no le interesa absolutamente nada el deber. «El deber expresa una manera de necesidad y conexión de y con principios, que no aparecen por ninguna parte en toda la naturaleza. De ésta el intelecto sólo puede conocer lo que es, lo que

ha sido ó lo que será. Es imposible que algo deba ser en ella de otro modo que como es en realidad en cada una de las relaciones de tiempo indicadas, ya que el deber, cuando sólo se tiene ante la vista el curso de la naturaleza, carece por completo de significación. No podemos preguntar lo que debe ocurrir en la naturaleza, como tampoco las propiedades que debe tener un círculo, sino lo que ocurre en aquélla ó las propiedades que éste tiene (1).»

Y si, en consecuencia, la pregunta de si algo debe ser sólo tiene sentido en relación con las acciones humanas, en cuanto acciones de sujetos racionales, aquello con que ha de contestarse á esa pregunta debe estar fuera de la existencia de los objetos que se dan empíricamente, y no puede penetrarse con sólo la investigación de los últimos. De esta suerte, el punto de mira y la medida para el Derecho actual deberá también obtenerse de otro modo que por el conocimiento de la organización jurídica existente y devenida. Y si esta exigencia ineludible no puede satisfacerse de otra forma, y se busca, por tanto, una medida fuera del Derecho existente, ya se traspasan en algo los límites fijados en otro lugar á la teoría histórica del Derecho, ó sea *la investigación de los Derechos históricos*. Sin embargo, todavía se ha creído

(1) Kant, *Crítica de la razón pura (Kritik der reinen Vernunft)*, 1781, edición de Kehrbach, pág. 438.

poder salvar la indagación empírica como la única legítima en este punto; pero no ya derivando del conocimiento del Derecho existente la medida para éste, sino erigiéndola sobre la base de la investigación histórica de otros hechos. Esta es la segunda de las hipótesis cuya perspectiva ofrecíamos poco há, y está tan extendida, que sin inconveniente puede prescindirse de la producción de testimonios circunstanciados (1).

Según ella, el ideal que cada Derecho tiene ante sí, y con arreglo al cual habría de juzgarse, es realmente algo histórico. De aquí que haya de establecerse mediante la investigación histórica, y que el mejor auxiliar en la consideración de estas cuestiones que tienen un valor general para el Derecho, sea también el

(1) Dahn, sobre todo, ha expresado el pensamiento indicado, de una manera muy significativa, en repetidas ocasiones. Así, por ejemplo (loc. cit. (véase la nota última del cap. I), pág. 14), dice: «toda sociedad humana tiene su propio, relativo, ideal jurídico;» pág. 36: «no es Derecho cualquiera organización pacífica, sino únicamente la *racional*, esto es, la que los asociados estiman conforme á la razón..... Un Estado con instituciones que tuviésemos por contrarias á la razón.....» V. págs. 15, 28 y 37. Posteriormente (loc. cit. (véase la nota primera del cap. II), pág. 195) dijo: «el *Ideal* no es uniforme, sino distinto en cada pueblo, en cada tiempo: por consiguiente, la fueiza que impulsa la creación del Derecho no da tampoco el Ideal único ó el arquetipo.» V. págs. 152 y 293.

célebre *sentido histórico*. A esta opinión se debe el que se haya introducido la representación de *un ideal jurídico relativo*, y se haya encontrado el concepto de criterio especial para cada época.

Pero ¿qué es una época? ¿Acaso no comienza una nueva en cada momento para ser sustituída en el momento inmediato por otra distinta que surge á la vida? ¿O es que permanecen unas junto á otras, dándose, por tanto, al mismo tiempo un número indefinido de épocas con sus criterios *peculiares*, innumerables también?

Tal vez pudiera satisfacer la idea de que una época es un trozo, indeterminable en general, de una evolución histórica desgarrada á placer, y cada una de cuyas partes se distingue de la otra por su tendencia peculiar. Esta, sin embargo, sería una división contingente, pues con dificultad podría imaginarse para ella una ley de carácter universal. Y sería algo incómoda la consecuencia inevitable de que en el momento de la transición hubiera de tener lugar un cambio brusco de ideal. Parece, pues, que en las expresiones que suelen emplearse, como, por ejemplo, «cada tiempo tiene su propio ideal,» domina una cierta obscuridad acerca de la personalidad del sujeto del ideal.

Pero además hay que tener en cuenta que no es el ideal el que cambia con la época, sino al contrario. Eso podría significar una de dos cosas: ó una diversidad en el conocimiento del ideal, ó un cambio real

del mismo como fenómeno en el tiempo. Lo primero sería solamente una diferencia subjetiva de opinión que no afectaría á la realidad de un ideal con valor objetivo, y que, por el contrario, invitaría á esforzarse en adelante por adquirir un conocimiento más seguro y formular de un modo más exacto el criterio legítimo *a priori* para todo Derecho. La concepción puramente histórica y la investigación exclusivamente empírica sólo pueden hacerse cargo de lo segundo, y ésta es, seguramente—porque también aquí falta una declaración expresa que no deje lugar á dudas,—la opinión á que hoy propenden muchos, cuando no los más.

En vista de lo que precede, habría que admitir que el legislador es libre: á él le toca examinar si el sistema de Derecho existente corresponde al ideal jurídico relativo de aquel momento; y si así no sucede, su obligación es dar realidad á ese ideal. Entonces habría que determinar si aquello que es Derecho debiera también ser Derecho con arreglo á lo que *nosotros* tuviéramos por conforme á la razón, aun cuando no atribuyendo á esto realidad alguna objetiva, sino teniendo presente que se trataba por nuestra parte de una opinión meramente subjetiva que aceptábamos á falta de otra mejor.

Seguramente resultaría muy difícil exponer en un claro concepto lo que se oculta tras de aquel *nosotros*; pero sería muy justa la exigencia de que así se hiciera,

puesto que, según aquella opinión, se trata precisamente de juicios de mero valor subjetivo, y la realidad objetiva, el sér universal y necesario de una idea determinante para el juicio del Derecho, con arreglo al plan mencionado, de ningún modo podría establecerse en general en una conciencia por el conocimiento científico. No se consigue mayor claridad cuando para este curioso término *nuestra razón*, se introducen expresiones como éstas: *conciencia jurídica nacional* (1), *convicción jurídica del pueblo* (2) ú otras frases pomposas de la Escuela histórica, pues en ellas se trata también de algo meramente subjetivo que sólo puede determinarse en una experiencia particular; y entonces las pretensiones y los deseos de aquéllos que hubieran de entenderse comprendidos en dichos lugares comunes, serían también un *ideal jurídico relativo*, y siempre habría que preguntar: ¿Cómo puede obtenerse? ¿Por unanimidad? ¿Por mayoría? ¿Por una votación graduada cualitativamente? ¿Y de quiénes en realidad?

Pero admitamos que pueda ponerse de manifiesto un fenómeno psíquico concreto de naturaleza social —acaso en el *espíritu del pueblo*, en el sentido especialísimo de Puchta,—y que quepa determinar sus exigencias, ó que pudiera demostrarse de otro modo

(1) *Nationales Rechtsbewusstsein.*—(*N. del T.*)
(2) *Rechtliche Volksüberzeugung.*—(*N. del T.*)

cualquiera cuál sea el criterio relativo legítimo que deba servir de norma para el Derecho que ha de crearse; y entonces la tesis de que el legislador, puesto que es libre, está siempre obligado á mantener el Derecho en armonía con las exigencias *de la convicción jurídica de cada época*, y á realizar *el ideal jurídico de su tiempo*, implicaría una contradicción interna insoluble. Hasta qué punto se envuelvan en realidad, de ordinario, en una contradicción semejante, lo demostraremos mediante dos proposiciones.

Si los *ideales jurídicos* variasen realmente á cada paso, estarían sometidos á la condición del tiempo y serían, por consiguiente, objetos de nuestro conocimiento experimental; serían fenómenos de realidad empírica sujetos á las leyes de la experiencia. Pero los factores del Derecho, sean los que quieran, son fenómenos igualmente determinables en nuestra experiencia; porque aquí no se trata de un legislador sobrenatural, sino de hombres y acciones de los mismos que aparecen en el mundo de los sentidos. Ahora bien: aquel primer objeto de experiencia, el llamado ideal jurídico relativo, tiene que obrar de un modo determinante en el segundo, el legislador (quien quiera que sea). Y cuando dos objetos de la experiencia se ponen en una relación de esa naturaleza, esto sólo puede ocurrir según la ley de la causalidad. Por eso la representación de un legislador *libre* sometido á un ideal jurídico *relativo*, es una pura ilusión.

Si la libertad existe, únicamente puede ser la determinación mediante los principios objetivos de las ideas (para expresarnos con Kant); pero una idea es un concepto necesario, cuyo objeto tampoco puede ser dado en ninguna experiencia. Tan pronto como el objeto determinante aparece en la experiencia, su acción se regula únicamente por la ley natural de la causalidad. Decir: el legislador es libre y tiene que regirse por los deseos de la conciencia nacional; ó en otra forma: tiene, en definitiva, que realizar las exigencias de la convicción del pueblo, es contradictorio en sí mismo. La representación de ideales jurídicos relativos que cambian continuamente en el tiempo, implica, pues, la afirmación de la causalidad natural ineludible en la formación del Derecho.

Un fenómeno empírico anterior influye ó no, según la ley natural de la causalidad. ¿Cómo, pues, podría pretenderse, partiendo de él y únicamente mediante él, justificar un *deber ser*?

No examinaremos en este lugar si las exigencias antes mencionadas, ú otras análogas, podrían sostenerse frente al legislador desde el punto de vista de que en las mismas se ofrece aquello á que, bajo el supuesto de una norma de valor universal y con la indicación de un punto de mira fijo, constante, debería aspirarse en relaciones empíricas dadas. La teoría histórica del Derecho no reconoce ningún principio ú objetivo para todo Derecho, que pueda subsistir *a*

priori; sólo puede proporcionar ideales jurídicos relativos. Por eso mismo se envuelve en contradicciones insolubles.

Así, pues, el historicismo, con su ideal jurídico relativo, sólo puede elegir entre estas dos cosas: ó admitir que la formación del Derecho tiene lugar solamente bajo el imperio de una ley natural ineludible —y entonces ya no tiene razón de ser la duda de si algo debería ser Derecho, ni cabe ya distinción alguna de leyes buenas y malas, presentándose, ante todo, la dificultad de cómo cuando el hombre dicta la ley jurídica y sujeta, por consiguiente, á otros con su voluntad, podría este hecho imputarse á su libertad moral, y acaso rechazársele aquella ley; – ó proclamar que el legislador es un sér supremo, cuyos actos tienen en realidad su último motivo determinante en un fenómeno dado en la experiencia (el ideal jurídico *relativo* que habría de reconocerse en la *convicción del pueblo*, etc.), pero que posee la fuerza (sobrenatural) de sustraer sus acciones al influjo natural y necesario de sus últimas causas, y que, por razón de este posible desvío de la ley de la causalidad, puede ser objeto de censura.

Porque lo otro, á saber: que el que ha de establecer el Derecho está influído, en realidad, por motivos determinantes de carácter empírico, pero no dominado forzosamente por ellos, pudiendo determinarse según ideas, es cosa vedada por su propia elección á la teo-

ría histórica del Derecho, que sólo tiene que ver con lo empírico. En realidad, las dificultades empiezan allí donde la opinión vulgar del historicismo creía terminada la cuestión. Pero dejemos esto por ahora; nuestro intento en este lugar se reducía á poner de manifiesto el paralogismo de la opinión enunciada, bien puede decirse que con harta frecuencia, en los círculos jurídicos de nuestros días.

He aquí lo que se deduce de todo lo dicho: si algo debe ser Derecho, no puede nunca determinarse con arreglo á un patrón obtenido con sólo la investigación empírica: ni mediante la del Derecho existente, ni mediante la de los otros hechos históricos. El punto de mira y el criterio para lo que *debe ser*, aun con relación á la crítica del Derecho existente, deberían determinarse mediante una forma y manera de la investigación científica distinta del camino del conocimiento histórico y de la indagación puramente empírica. Al creer la teoría histórica del Derecho dominante en la actualidad, que debe evitar, en principio, todo otro procedimiento; al no admitir un objetivo fijo para todo Derecho, estando sólo dispuesta á reconocer lo *relativo*, se ha incapacitado metódicamente para dar satisfacción á los problemas que aquí hemos contemplado.

IV

«Es inconcebible que á un legislador, y aun á aquel mismo hombre que estudie la legislación según principios, pueda parecer indiferente la idea de la importancia de un Derecho originario anterior á toda legislación, y superfluo el contestar á esta pregunta: ¿en qué consiste propiamente ese Derecho originario?»

(Hufeland, *Ensayo sobre el fundamento del Derecho natural (Versuch über den Grundsatz des Naturrechts)*, págs. 9 y sigs.)

Según una opinión muy extendida, el Derecho natural ha quedado vencido científicamente por la teoría histórica del Derecho. Dentro del círculo de nuestra jurisprudencia científica, se encuentran pocas afirmaciones expresadas á la manera de la citada; pero en los parágrafos de introducción á los compendios, principalmente de Derecho civil, en las enciclopedias jurídicas, y en particular en los discursos académicos

y trabajos circunstanciales, y esparcida además aquí y allá, aparece siempre de nuevo la opinión de que la ciencia del Derecho, desde el punto de vista del historicismo, ha demostrado ser errónea la cuestión del Derecho natural, de que la concepción histórica ha combatido victoriosamente la realidad del Derecho natural, y ha negado, confutándola, la legitimidad de su existencia. Pero como de nuestra investigación anterior se deduce que la teoría histórica del Derecho, con su método característico, no puede en modo alguno reducir al silencio la duda de si el Derecho existente debería ser también Derecho, ni dar á esta cuestión una respuesta satisfactoria, es muy fácil de remover la sospecha de que sea exacta la opinión indicada al principio. De ello vamos á ocuparnos.

Bajo el nombre de *Derecho natural* se comprenden teoremas extraordinariamente numerosos y muy discordantes unos de otros; sólo tienen una cosa de común, y es que todos ellos tratan de obtener, mediante el conocimiento racional, un principio universal y necesario para todo Derecho. Esto es al mismo tiempo lo que los distingue de las construcciones basadas en la teoría histórica del Derecho. Y puesto que de las expresiones adoptadas para designar aquellas aspiraciones la más corriente y comprensiva es precisamente la de *Derecho natural*, la conservaremos también aquí al objeto de significar aquel modo de poner

el problema. Sobre la bondad de esta terminología puede discutirse todo cuanto se quiera: últimamente se ha propuesto usar la expresión *Derecho natural* para las consideraciones de la clase indicada cuando contienen el proyecto de un sistema jurídico en su desarrollo, y reservar, por el contrario, la de *Derecho de la razón* para aquéllas que sólo afirman una idea formal; pero esta distinción es completamente extraña al lenguaje de la época anterior que empleaba promiscuamente una y otra frase. De ello no puede resultar gran cosa; pero de todos modos, no está de más que prevengamos posibles equivocaciones, haciendo especial indicación del propósito con que mantenemos la frase de uso más antiguo. Así, pues, cuando en lo sucesivo emplee yo las expresiones *posición de la cuestión en el sentido del Derecho natural* y *Derecho natural*, frente á la teoría histórica del Derecho, deseo se entienda que con ellas quiero solamente significar una investigación científica sobre aquello que pueda establecerse y formularse como objetivo y criterio, subsistentes *a priori*, para todo Derecho. La Escuela histórica del Derecho niega toda posibilidad en este sentido, y cree haber demostrado que son erróneas las aspiraciones encaminadas á dicho fin: por eso, y no proponiéndonos en modo alguno decidir aquí la cosa en sí misma, nuestro objeto se reduce á examinar en su exactitud esa opinión de muchos juristas históricos.

Dividimos nuestro examen en dos partes: en la consideración histórico-literaria de lo que propiamente se ofrece en las refutaciones y argumentos contra el Derecho natural por parte de la Escuela histórica del Derecho, y en una investigación acerca de si los principios filosófico-jurídicos de esta última dirección hieren de por sí y sin necesidad de su desarrollo ulterior, expresamente dirigido á ese fin, la posición del problema en el sentido del Derecho natural.

Es un hecho incontestable que los corifeos de la Escuela histórica del Derecho no nos han dado una refutación científica de la cuestión del Derecho natural. Hugo hasta explicó Derecho natural y compuso un tratado sobre esta materia. Junto á la cuestión de *qué sea lo que existe como Derecho*, «que es la que nos da el pan, ó como se dice con razón, el conocimiento mecánico del Derecho,» coloca la cuestión *científica* que investiga los fundamentos, los de la razón y los históricos, y pone aquel primer problema en esta forma: «¿Es racional que esto valga como Derecho? (1).» Y alaba á Platón, «que distinguió con tanto acierto los dos respectos capitales de nuestra ciencia: lo que debe ser con arreglo á la idea, á las supremas exigencias de la razón, y cómo ha de realizarse esto bajo el

(1) Hugo, *Tratado de la Enciclopedia jurídica* (*Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*), 7.ª edición, 1823, págs. 34 y siguientes.

influjo de circunstancias encontradas (1).» Savigny se declara ciertamente contra «el establecimiento de un *Derecho normal* que esté por encima de todos los Derechos positivos, y que todos los pueblos deberían aceptar inmediatamente en sustitución de su Derecho positivo;» y en consecuencia, rechaza un desarrollo determinado de la cuestión del Derecho natural por tales ó cuales filósofos ó escritores políticos. Pero tampoco lo refuta, contentándose con añadir que «este último particularismo sustrae en general toda vida al Derecho;» y está tan poco distanciado de la idea de que se dé algo de valor universal para todo Derecho, que él mismo establece un problema y un objetivo jurídicos, ambos de carácter general. Aquel problema general, que puede referirse al destino moral de la humana naturaleza, tal como lo muestra la concepción cristiana de la vida, habría de resolverlo cada uno de los distintos pueblos á su modo peculiar. Que influya, pues, en cada Derecho lo particular, lo nacional, pero también el elemento general, «del modo más puro é inmediato, en todos los extremos á donde llega la influencia general de la naturaleza moral del Derecho: así, el reconocimiento de la dignidad moral y la libertad del hombre iguales en todas partes, el desenvolvimiento de esta libertad mediante

(1) Hugo, *Tratado de Derecho natural* (*Lehrbuch des Naturrechtes*), 3.ª edición, 1809, § 12; 4.ª edición, 1819, § 11.

instituciones jurídicas, con todo aquello que se deriva de la naturaleza y destino de estas instituciones con el carácter de consecuencia práctica, y lo que los autores modernos llaman *la naturaleza de la cosa* (1).» Puchta sólo dedica dos líneas en su *Enciclopedia* al Derecho natural ó de la razón, sin que en ninguna otra parte, que yo sepa, intente una refutación del mismo. Este—según dice en esa obra (2),—constituye un ensayo para deducir un derecho de los postulados de la razón universal. Pero la *razón* no es, en su sentir, el supremo bien; por el contrario, lo supremo es aquí el *espíritu,* el poder de la libertad; en él es donde el Derecho tiene su origen, y por eso una filosofía jurídica basada sobre la razón no podría tener por objeto el Derecho.

No de otra suerte ocurre con los partidarios de la Escuela histórica del Derecho que vinieron después de estos maestros. De ordinario dejan en pie la cuestión de la legitimidad de la investigación en el sentido del Derecho natural, y muchas veces han negado sencillamente y sin añadir nada más la posibilidad del Derecho natural como un Derecho ideal de contenido; mientras que, por otra parte, Mühlenbruch, por

(1) Savigny, *Sistema*, tomo I, 1840, págs. 52 y siguientes; v. también pág. 290.

(2) Loc. cit. (v. la nota 6.ª del cap. III), §§ 1.° y 32.

ejemplo, que seguramente no puede parecer sospechoso á la concepción histórica, opina, con cierta vacilación, que el juez, además de la equidad, «ha de considerar también en el Derecho, hasta donde sea posible, el orden natural y las propiedades de las relaciones de que se trate y de las cosas todas (1).»

Se encuentran á veces pequeños trabajos dirigidos contra la doctrina sentada por algunos filósofos del Derecho, de que proposiciones determinadas del Derecho natural no podrían alterarse por el Derecho positivo. No hemos de ocuparnos en fundamentar la justicia de esta afirmación. Fuera inexacto, ciertamente, el considerarla inconcebible en sí misma y contradictoria por naturaleza, ya que desde luego sería posible que, con arreglo á la tesis de la contradicción, ciertos principios del sistema de Derecho se diesen por necesidad con tal carácter de firmeza, que el que hubiera de establecer el Derecho é intentara prescindir de ellos se pusiera en posición consigo mismo. Pero es lo cierto que los impugnadores aludidos no se han ocupado para nada de hasta qué punto podría entrar en el sistema del Derecho natural el

(1) Mühlenbruch, *Tratado del Derecho de las Pandectas* (*Lehrbuch des Pandekten-Rechts*), 3.ª edición, 1838, § 44. Por ejemplo: «toda limitación de la libertad natural, que no pueda apoyarse en un fundamento de necesidad, debe considerarse como *ius singulare*, á no ser que la ley limitativa ordene lo contrario.»

conocimiento puramente analítico ó el sintético *a priori;* y aquí nos basta con recordar á los que se vuelven contra la afirmación citada de algunos maestros del Derecho natural, que ella deja intacta la idea capital de la cuestión propuesta por esa concepción. Puede combatirse simplemente si se quiere la afirmación de que tratamos, sin que por ello deje de subsistir en toda su integridad la significación del Derecho natural como regla ideal y objetivo seguro para el legislador, como norma fundamental para lo que éste debería hacer en determinadas circunstancias. La Escuela histórica del Derecho tenía motivo ciertamente para proceder con cautela en el ataque contra aquella aseveración, puesto que Puchta, el jefe de la misma en lo relativo al Derecho consuetudinario, había dicho explícitamente que una ley política que prohibiese ó limitase la formación del Derecho consuetudinario, no sería Derecho, porque el Derecho positivo no puede determinar semejante restricción (1).

En vano, pues, buscaríamos en aquella literatura jurídica historicista refutaciones ó una derrota científica de la posición de la cuestión en el sentido del

(1) Del modo más concluyente manifiesta esto Puchta en las *Lecciones sobre el Derecho romano actual* (*Vorlesungen über das heutige römische Recht*), 5.ª edición, 1862, § 13 y Apéndice 1.º V. el mismo Puchta, *Derecho consuetudinario* (*Gewohnheitsrecht*), tomo I, 1828, págs. 180 y sigs.; tomo II, 1837, págs. 199 y sigs.

Derecho natural. Lo único que se hace es negar en cierto modo á esta última posición del problema su interés práctico. Y así, poco á poco viene á quedar una sola cuestión, omitida de ordinario por la literatura jurídica específica del Derecho natural, á saber: la controversia sobre si el Derecho natural tiene ó no que llenar *una laguna en el Derecho*.

¿Pero qué se adelantaría, aun contestando á esta cuestión con la negativa más concluyente, para el problema sobre la realidad objetiva del Derecho natural? Que el Derecho *natural* no haya de regir de igual modo que el *positivo*, es cosa que podría concederse sin dificultad. Y si la misión del juzgador se entendiera en el sentido de que á él sólo le corresponda aplicar el Derecho positivo, de aquí resulta naturalmente (*como el griego*, según se decía en otro tiempo) que el juez en el Derecho común, al dictar la sentencia, no había de remontarse al Derecho natural. ¿Ni cómo tampoco con una legislación que proscribiese el juicio sobre esa base? ¿Qué dicen los juristas austriacos exclusivamente históricos con relación al § 7.º de su Código civil? ¿Acaso debe encontrarse allí la demostración de que no es posible de ningún modo un Derecho natural? Y leemos consultando á Unger: «sabido es cuán poco corresponde á nuestro sentido actual del Derecho y del Estado toda esta concepción del Derecho natural;» lo cual viene á significar después, que deberían seguramente rechazarse, desde el

punto de vista de «la interpretación histórica,» las tentativas para arrebatar otra vez al Derecho natural el carácter de subsidiario que se le otorgara; pero que, «para mayor tranquilidad,» debería obrarse de modo que nunca en realidad pudiera presentarse un caso en el cual fuese preciso recurrir á aquella fuente subsidiaria, haciendo sencillamente que la ley *positiva* austriaca ofreciese siempre base suficiente para cualquiera determinación (1). Muy lejos, pues, de refutar en general ó de negar simplemente la legitimidad de la existencia del Derecho natural, todo se reduce á la cuestión de hecho de si se ha dado y cuándo se ha dado el supuesto para su aplicación en la práctica.

Tampoco puedo estimar terminado este pleito porque se haya dicho que en las aspiraciones del Derecho natural sólo se ofrece lo que tiene subjetivamente por verdadero el que en cada momento piense sobre el particular. De ser así, habría que admitir inmediatamente que con igual razón podría negarse á la Etica toda realidad objetiva, lo cual nos llevaría á otras reflexiones. Acaso un estudio profundo de la cuestión, ilustrado con la teoría de las ideas, fundamentada críticamente, diera el resultado que se dice; pero ninguno

(1) Unger, *Sistema del Derecho privado común austriaco* (*System des österreichischen allgemein Privatrechtes*), tomo I, 1856, § 11, págs. 70 y sigs.

de los partidarios de la teoría histórica del Derecho presenta, que yo sepa, un estudio y una exposición de esa naturaleza. El que en la disciplina del Derecho natural reinase una extraordinaria diversidad de opiniones y pudiera observarse una lucha continua entre éstas, debe ser en verdad indiferente: este destino habría de compartirlo el Derecho natural con todas las ciencias, y, sobre todo —por desgracia,—con el conocimiento del Derecho *positivo*, la ciencia en que con más razón podríamos lamentarnos de que, entre todos sus conceptos capitales, apenas exista uno cuya determinación científica se haya logrado con el acuerdo de todos. Pero los maestros del Derecho natural, desde la época en que esta disciplina tomó su nuevo vuelo, estuvieron siempre animados por el firme propósito de no olvidar, *ut eorum quæ ad ius naturæ pertinent probationes referrent ad notiones quasdam tam certas, ut eas nemo negare possit, nisi sibi vim inferat* (1). Y no sería justo ciertamente afirmar que esto no haya dado sus resultados.

Con el transcurso del tiempo fué reduciéndose cada vez mas el círculo de los juristas que enunciaban algo positivo contra las aspiraciones del Derecho natural; en cambio, creció considerablemente el número de los juicios condenatorios que se limitaban á negar toda posibilidad científica para las investigaciones de

(1) Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1625, prol. 39.

aquél. Los antiguos maestros de la Escuela histórica del Derecho, incapacitados para resolver estas cuestiones con el método empírico, ó dieron al Derecho natural un carácter complementario, ó dejaron en pie la cuestión que en él se propone, como problema relativo á algo que estaba por encima de su propia opinión—los que les siguieron inmediatamente se apartaron poco á poco de esta conducta, y procediendo de un modo muy subjetivo, prescindieron del problema;—pero la mayoría de los correspondientes á los últimos años, participándose siempre los unos á los otros que toda cuestión de Derecho natural quedó desechada en otro tiempo como ilegítima, no estaban tampoco en condiciones de emprender una refutación.

Con Böcking aparecen los juristas exclusivamente históricos que dan la nota aguda en las declamaciones contra el Derecho natural. Dice aquel autor que este Derecho «es algo vacío, puramente soñado, cuyo contenido es una mezcla elaborada de uno ó de otro modo, según los puntos de vista y la capacidad del autor, con abstracciones ó preceptos del Derecho positivo y representaciones subjetivas (1).»

Esta manera de expresarse ha tenido sus imitadores. «Un producto elaborado á la ligera con el senti-

(1) Böcking, *Pandectas* (*Pandekten*), tomo I, 2.ª edición, 1853, § 3.°, núm. 3.

miento individual de equidad y la más escasa previsión,» dice un autor moderno (1), y podríamos reunir muchas expresiones por el estilo. Ni siquiera ha faltado quien llamara *dragón* al Derecho natural: según la narración de un historiador del Derecho (2), ese dragón desolaba la tierra hasta que se abatió con fragor para destruirlo la espada de un héroe, ó sea «*el Derecho de la posesión*, una monografía de Derecho civil, de Savigny,» lo cual no puede menos de admirarnos un poco cuando oímos asegurar á otro jurista histórico que aquel libro tiene una «construcción que pertenece fundamentalmente al Derecho natural (3).»

Enseña, pues, el examen histórico-literario de la teoría histórica del Derecho desde los primeros tiempos en que se limitaba á la investigación empírica, hasta su último panegirista, extraño al campo jurídico, que asigna al *fabuloso* Derecho natural un valor análogo al de ese trasgo que se llama religión natural (4)—aunque sin aducir en pro de este aserto

(1) Bekker, *Sobre la contienda de las Escuelas de Derecho histórica y filosófica* (*Uber den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule*), discurso académico, 1886, página 21, núm. 52.

(2) Esmarch, *Friedrich Carl von Savigny*, poesía, 1879, pág. 6.

(3) Bekker, loc. cit. (v. la nota 8.ª de este capítulo), pág. 20.

(4) Ritsche, *Discurso para festejar el 150.° jubileo de la*

la más mínima prueba; —enseña, digo, esta consideración, si se tiene en cuenta la forma ordinaria de conducirse la teoría histórica del Derecho con respecto á la posición del problema en el sentido del Derecho natural, que no son heridas lo que éste ha recibido de la Escuela histórica, sino arañazos é injurias.

Nos queda todavía por ver si la afirmación, tan frecuente, de que nos ocupamos, podría parecer justa y fundada en el sentido de que el Derecho natural sea incompatible por sí mismo con los principios fundamentales de la ciencia del Derecho desde el punto de vista del historicismo. Algunos, contados, de entre los modernos, han tratado realmente de demostrarlo, sobre todo Dahn (1); pero éstos son casos excepcionales. Nuestro examen sobre el particular demostrará que aquella creencia es una pura ilusión, porque los resultados que la teoría histórica del Derecho puede conseguir con su propio método, no alcanzan al Derecho natural. Dada la forma en que la Escuela his-

Universidad de Gottinga (*Festrede zum hundertfünfzigjährigen Jubiläum der Universität Göttingen*), 1887, especialmente págs. 15 y 20.

(1) Los trabajos relativos á esta materia fueron coleccionados y editados como *Materiales de construcción*, *4.ª serie, 1.ª hilada* (*Bausteine, vierte Reihe: erste Schicht*, 1883). Le sigue especialmente Gareis, *Enciclopedia y Metodología de la ciencia del Derecho* (*Encyclopädie und Methodologie der Rechtwissenschaft*, 1887), págs. 10 y sigs.

tórica pone la cuestión, no puede llegar á este problema. No puede, por tanto, vencer al Derecho natural en el terreno de la ciencia, como tampoco, según ya mostramos, puede decidir nada acerca de la norma y punto de mira para un sistema jurídico, ni resolver con arreglo á un criterio de valor objetivo si algo debería ser Derecho.

¡Pocos fueron los navíos que equipó con destino al país del oro, necesario como instrumento y medida de los valores en el propio reino, y sus galeras estaban de ordinario construídas y armadas pobremente: por eso los patrones volvían atrás sin haber logrado su objeto, y decían que habían visto á la serpiente de los mares!

¿Cómo, pues, hubiera podido llegar la teoría histórica del Derecho á mostrar como errónea la posición del problema en el sentido del Derecho natural? Su propia cuestión y su propio método son un proceso empírico, una observación generalizada de los hechos; quiere obtener y fundamentar sus propios principios filosófico-jurídicos sin más que la investigación empírica de los Derechos históricos. Por eso, de este método nada puede derivarse en contra de las aspiraciones del Derecho natural, como no sean estas dos objeciones aparentes, á saber:

1.ª Nunca, ni en el pasado ni el presente, se ha mostrado un Derecho natural con existencia efectiva.

2.ª Es también completamente imposible, con res-

pecto al futuro, que se dé nunca en la experiencia un Derecho de esa naturaleza.

Lo primero no alcanza al Derecho natural. Este, en efecto, ha de ser percibido partiendo de principios *a priori:* la prueba de que no exista empíricamente un Derecho conforme á la razón, es del todo indiferente para la cuestión de si acaso no podrían demostrarse, mediante un conocimiento racional de valor objetivo, principios fijos que sirviesen de punto de mira para el legislador, y que impusiesen un criterio de carácter necesario para la cuestión de si el Derecho existente también debiera ser Derecho.

La segunda objeción no puede demostrarse por el método histórico. ¿Cómo, sin más base que la investigación empírica de los Derechos históricos, habría de decidirse cualquier cosa acerca de lo que en el porvenir pudiera ser ó no ser Derecho?

Se invocan los diversos estados de civilización y los múltiples intereses de la vida. Pero la cuestión del Derecho natural no requiere necesariamente que se hayan de introducir en seguida y en todas partes tales ó cuales proposiciones de Derecho ó un sistema jurídico determinado, sino que se contenta con que se tenga ante la vista, en lo relativo al establecimiento del Derecho, un punto de mira fijo, constante. Este, hasta donde pueda formularse y demostrarse, tendrá ciertamente un valor objetivo, y el que muchos hombres no lo hayan comprendido ó lo ignoren, es tan indi-

ferente para la verdad del mismo, como para el sistema de Copérnico la cuestión de su notoriedad positiva. Debería, pues, tener un carácter universal y necesario y servir de patrón para todos los sistemas jurídicos particulares; pero el cómo habría de darse forma con arreglo á él á las varias relaciones empíricas que ofrezca la historia, es una cuestión que queda por completo en pie. Los Derechos serán más ó menos diversos condicionados por los diferentes estados de cultura: uno podrá quedarse retrasado con respecto al otro, y mediarán tal vez entre ellos grandes distancias; pero esto no obsta para que el punto de mira sea uno y el mismo para todos. Con la mera referencia á la diversidad positiva de los varios estados de cultura, no se refuta, pues, ni mucho menos, la posibilidad de determinar, mediante el conocimiento racional, un objetivo de valor universal para todo Derecho. «No puede darse nada más perjudicial é indigno de un filósofo, que la invocación vulgar de una pretendida experiencia en contrario, que, sin embargo, no existiría si á su debido tiempo se hubieran derogado aquellas instituciones con arreglo á las ideas (1).»

Y no se nos diga que el legislador ha de ajustarse siempre á determinados estados naturales y que no puede variarlos; porque una objeción de esa clase im-

(1) Kant, loc. cit. (v. la nota 9.ª del cap. III), página 276.

plicaría otra vez el cándido concepto de la libertad como sinónima de arbitrio absoluto y exención de la ley natural. La libertad en el establecimiento del Derecho sólo significa (como ya hemos dicho antes de ahora) la posibilidad de determinarse en vista de una idea. Pero entonces, mientras no salgamos de la idea, no es posible saber hasta qué punto el que establece el Derecho podrá llevarla á la práctica; en otro caso, tendríamos nuevamente en la formación del Derecho una causalidad natural ineludible y ninguna libertad, siendo así que dentro de esta última, como facultad de determinarse según ideas y con independencia de los impulsos de la sensibilidad, es completamente imposible señalar de antemano «cuál haya de ser el grado supremo en que la humanidad debería detenerse, y cuál, por tanto, la profundidad del abismo que necesariamente media todavía entre la idea y su desarrollo.»

Pero la segunda de las objeciones de la teoría histórica del Derecho formulada poco antes, no sólo es indemostrable en sí misma, sino también, y por su propia naturaleza, indiferente de todo punto con respecto á la justicia y el valor de las aspiraciones del Derecho natural.

No encontramos donde quiera la idea de que deban anularse las diferencias naturales antropológicas del género humano. Así, pues, las objeciones en contra de esto no tocarían en realidad á la idea fundamental,

sino que combatirían acaso tal ó cual afirmación de un maestro determinado del Derecho natural; no podrían demostrar que era errónea en sí misma la cuestión acerca del punto de mira seguro y constante, sino que sólo podrían refutar particularidades á cuya rectificación habría de aspirarse, bien que esto no sería posible por el camino del empirismo. La cuestión, pues, acerca de un criterio fijo para el Derecho, de un principio seguro que pudiera obtenerse mediante el conocimiento objetivo, no se destruye con la mera referencia á la diversidad antropológica.

Porque la demostración de la verdad objetiva del Derecho natural no requiere que éste se ponga de manifiesto como fenómeno posible en una experiencia positiva, sino que se refiere á la cuestión de si existe ó no, para los que han de establecer el Derecho, una causa determinativa de valor universal, que como idea, por más que no pudiera indicarse en la experiencia ningún objeto correspondiente á ella, como norma y punto de mira, tuviera un valor demostrable. Por el contrario, lo que influya de hecho sobre el legislador, lo que como motivo empírico pueda apartarle del camino para llegar á aquel fin, es completamente indiferente para la prueba de la existencia del fin mismo. El que la organización jurídica se determine positivamente según elementos empíricos concretos, y el que exista la idea de un estado de cosas con arreglo al cual debiera determinarse lo que de

hecho se produce, no son representaciones incompatibles y que se excluyan en absoluto. Del mismo modo la idea de la virtud en su realidad es por completo independiente de la cuestión de si podrá existir jamás un hombre completamente virtuoso; y no por la negativa de esto último (que en verdad tampoco podría probarse) habría de ser aquella idea una pura fantasía. La Escuela histórica del Derecho ha intentado con preferencia la investigación de los factores que influyen positivamente y su concepción unitaria: cuál haya sido su éxito en este sentido, no hemos de decidirlo ahora. Unicamente debemos rechazar en absoluto el segundo de los términos de la hipótesis enunciada al principio, ó sea que las aspiraciones del Derecho natural hayan sido desechadas científicamente, demostrándose su error.

Y á este juicio no puede escapar en justicia ninguna exposición especial que no exceda los límites del método de la teoría histórica del Derecho. Ni tampoco cuando se intentara, como no há mucho deseaba Gierke, depurar, profundizar y completar filosóficamente la doctrina fundamental de la Escuela histórica del Derecho. Que estos ensayos no han visto muy lejos, lo demuestra el mismo del escritor citado (1). Para Gierke, lo último á que aquí podemos remontar-

(1) Gierke, loc. cit. (v. la nota 2.ª del cap. II), páginas 10 y sigs.

nos es «la idea del Derecho;» pero si le preguntamos cómo llega á obtenerla y en qué consiste para él, recibimos por toda respuesta que se trata «de este algo que arraiga en el primer principio, inaccesible, de nuestro sér espiritual;» pero este *algo* tiene «postulados:» congéneres suyos han sido la *convicción popular*, *la conciencia jurídica*, *la autonomía del sentimiento jurídico*. Ahora bien: el Derecho vigente puede estar en contradicción con estos postulados, y entonces es mejor variarlo; «pero aun siendo tan fundado, aun estando tan de acuerdo, cada postulado no viene á ser Derecho hasta que toma cuerpo en la ley ó en la costumbre.»—¿Cómo? «¿Aun estando tan de acuerdo?» «¿aun siendo tan fundado?» ¿Se dan, según esto—para circunscribir la objeción á este punto,—postulados infundados ó más ó menos fundados? ¿Medidos con arreglo á qué? ¿Fundados sobre qué?

En vista de todo lo cual, combato yo que la teoría histórica del Derecho haya demostrado ser científicamente ilegítima é insostenible la cuestión del Derecho natural.

Si esto lo han logrado otros, no hemos de decidirlo. Los intentos que pudiéramos tener en cuenta en ese sentido se asientan sobre un terreno extraño á la ciencia del Derecho desde el punto de vista del historicismo; al mismo Stahl, su reconocimiento limitado de la Escuela histórica no le ha impedido emprender

su refutación del Derecho natural por un camino distinto del examen «lógico» y «real» del mismo.

¿O querían, acaso, los juristas meramente históricos combatir pura y simplemente toda posibilidad de realidad objetiva en el conocimiento racional? ¿Han leído solamente la primera parte de la obra de Kant? Porque el criticismo demostró, en efecto, que el conocimiento racional por principios tiene otro carácter que la teoría de la experiencia, pero de ningún modo que careciese de toda realidad objetiva. Habrá que esperar, pues, á que los partidarios de la teoría histórica del Derecho se decidan por la afirmación en contrario é intenten exposiciones demostrativas en ese sentido, de que hasta ahora carecemos; y observaré de paso que con un estudio dirigido á ese objeto, ya há tiempo que se hubiera abandonado el método de la Escuela histórica: en tales contingencias, acaso podría, entre otras cosas, verse perdido el Derecho natural y devorado por las olas del materialismo; pero el modo histórico, en cuanto al ser y el devenir del Derecho, no hubiera podido conseguirlo nunca.

En conformidad con nuestro plan actual, también dejamos aquí en pie la cuestión de cómo podría lograrse en materia jurídica la demostración de la realidad objetiva de una idea, de cuál fuera el modo más adecuado de formular esta última y cuál su significación concreta: todo esto lo referimos expresamente á un trabajo especial. El objeto de la presente dis-

cusión—y me permito ponerlo de este modo claramente de relieve,—el objeto que examinamos en este lugar, no es el Derecho natural, sino el método de la teoría histórica del Derecho. No afirmamos, por consiguiente, que sea el acertado éste ó el otro procedimiento de una dirección determinada del Derecho natural, ni tampoco un sistema especial obtenido de ese modo, ya en sus principios fundamentales, ya en su desarrollo; dejamos por completo sin decidir si existe un Derecho normal universal, y hasta dónde podría llegarse con él, ó tan sólo una idea formal. Unicamente la forma y manera de poner la cuestión, la investigación de un fin y un criterio legítimos *a priori* para todo Derecho, es lo común los llamados Derechos naturales; es, precisamente, la posición de la cuestión y el método lo que distingue las investigaciones del Derecho natural de las de la teoría histórica del Derecho: aquéllas proceden mediante el conocimiento racional, y éstas mediante la indagación empírica tan sólo; y en esta ocasión tratábamos de demostrar que el método de las últimas es insuficiente en sí mismo para refutar con fundamento la posición del problema en el sentido del Derecho natural.

Llegamos al término de esta consideración. Pero debemos preguntar todavía: ¿Qué sucede en la práctica con respecto á todo esto? ¿Qué fuerzas realmente—y así completaremos la exposición con una pregunta tan familiar para nosotros—son las que hoy

actúan con preferencia y ejercen mayor influjo práctico y doctrinal en la vida jurídica y política: la ciencia del Derecho desde el punto de vista del historicismo, ó la cuestión del Derecho natural?

Cuando la tribu de los juristas meramente históricos arrojó de su seno al Derecho natural, cerrando tras de él las puertas de su recinto, ¿el pobre proscripto hubo de perecer sin trabajo ni pan, perdido, arruinado, sin dejar testimonio de su suerte? No: el fugitivo encontró hospitalaria acogida entre los extranjeros que le permitieron dar nueva vida á su profesión, condenada por las leyes de su antigua patria. Y su trabajo no pasó inadvertido: le proporcionó riquezas é influencia, y fueron muchos los que le debieron el pan de que se alimentaron. En cambio, aquéllos que un día lo excluyeran, se aperciben ahora de que ellos también están en un destierro y no saben cómo dejarlo.

Porque el consejo supremo de los románticos, juzgando en definitiva por el ostracismo impuesto por el historicismo, desterrara al maestro del Derecho natural, ¡al clarísimo! del país de la jurisprudencia, ¿perdió acaso su fama el condenado por aquella sentencia? ¿Nadie sabe por ventura dónde se quedó? No, ciertamente: una Reina proporcionó al desterrado apoyo y defensa, y en su imperio, el de la Política, logró nuevo crédito y creciente poderío. Cerró entonces las fronteras de su nueva patria al influjo de la nación

vecina, invadida por el historicismo. Pronto se vió que allí no se borraba con nada su memoria ni la de su acción, alzándose por todas partes á su favor antiguos partidarios; y la presión palpable ejercida por ellos y el nuevo reino, da motivo suficiente á sus adversarios para pensar en una posible reconciliación.

La posición de la cuestión en el sentido del Derecho natural, es la preponderante en la nueva filosofía y en la política.

¡Quién querría que diéramos aquí la larga serie de los nombres de los filósofos del Derecho de los últimos tiempos y de nuestros días, que han consagrado todos sus esfuerzos al problema del Derecho natural! La teoría histórica del Derecho ha ejercido sobre ellos una influencia muy limitada. Son esos filósofos los que, continuando la posición del problema y la consideración en el sentido del Derecho natural, dieron ó promovieron las teorías del Derecho y del Estado que han sido en todo tiempo el fundamento teórico de las aspiraciones de los partidos políticos. Del Derecho natural provino la teoría del Derecho y del Estado de la gran Revolución francesa, y de la misma concepción han nacido los principios todos del avance en las cuestiones sociales que en nuestros días agitan á los pueblos. Y esta referencia nuestra, hecha por vía de ejemplo y que se nos ofrece tan fácilmente, parecerá tanto más justa cuanto que ya há tiempo que lo

que precede no necesita inducirse ni demostrarse de una manera indirecta, sino que encuentra su más clara expresión en la vida política. Pero no ya, como se ha creído (1), en interés tan sólo de los partidos radicales y revolucionarios; últimamente el partido *conservador* ha proclamado también, como objetivo para la política defendida por él, «la construcción y perfeccionamiento de un Estado con arreglo á la naturaleza y á la razón;» y que el partido del *centro* se mantiene inconmovible en la doctrina católica del Derecho natural, lo ha asegurado no há mucho un filósofo y político católico, fundamentándolo y exponiéndolo con todo detalle (2). Así es como se explica el que afirmándose desde la tribuna del Parlamento, al censurar las medidas del Gobierno, que éstas eran contrarias al Derecho natural, nadie se levantara en defensa del pueblo para poner en duda la competencia de ese tribunal. Y en nuestros días, tomándolo cada vez con más rigor, se ha otorgado siempre un puesto en la polémica de los políticos más eminentes á la consideración de cuáles sean los partidos separados por diferencias de principios, esto es, por la diversidad del ideal *a priori* que tienen ante la vista, y cuáles,

(1) Gierke, loc. cit. (v. la nota 2.ª del cap. II), página 13.

(2) Hertling, *Contestación al Discurso para el Jubileo de Gottinga* (*Zur Beantwortung der Göttinger Jubiläumsrede*), 1887.

por el contrario, los divididos únicamente por cuestiones de oportunidad, á saber: por la distinta manera de considerar lo que debe hacerse con arreglo á la idea común á todos ellos en tales ó cuales circunstancias nuestras, determinadas empíricamente. Y si hemos de decidir en vista de estas señales acerca de la opinión más extendida, diremos que no es la teoría histórica del Derecho, sino la consideración en el sentido del Derecho natural, quien ha ejercido el influjo determinante en la práctica de la vida política. Aquélla no satisface; se quiere saber algo más.

Pero la teoría histórica del Derecho no ha logrado tampoco imponer por completo y mantener libre de toda duda, dentro del propio círculo de la jurisprudencia técnica, el poder absoluto que consiguiera en lo externo. Ninguna disciplina se ha exceptuado en ese sentido; pero por parte de los civilistas sobre todo, á las afirmaciones precisas de que el Derecho natural se ha desechado en el terreno científico, se mezclan frecuentemente quejas (que se compadecen muy mal con aquellas afirmaciones) de que el Derecho natural ejercite todavía un gran influjo en la jurisprudencia. Desde luego, sin vacilar, debería reconocerse la oportunidad de estas quejas. Aparte de la consabida *naturaleza de la cosa*, que de tan buena gana se contrapone en las exposiciones didácticas actuales á las *disposiciones positivas*, y que en rigor no es sino el φύσει δίκαιον, de Aristóteles, podría también censurarse—

pasando por alto la oposición, tan frecuente, á la consecuencia jurídica *formal* que no se justifique, por ejemplo, *materialmente*—la mención ocasional de la *equidad compensadora* (ó sea, en el fondo, la *natural*) y otras expresiones análogas. Asimismo, en la simple exposición de la materia jurídica se interpone siempre una como necesidad de justificar lo que se muestra como existente, con arreglo á un patrón que está fuera del sistema jurídico de que se trata. Y si no hay nada más frecuente que el contraponer la *ciencia* y la *legislación;* si de tan buena gana se otorgaría á la ciencia del Derecho una posición propia independiente de la ley del Estado, ¿de qué se trata sino de un deseo nacido de consideraciones que pertenecen por su naturaleza al Derecho natural?

Parece difícil de lograr el que los expositores se conformen y satisfagan con decir lo que es, sin crítica interna de ninguna clase, sin consideración ni juicio alguno valorativo. Y si entre tanto se ofrecen abusos y confusiones, ¿quién tiene en definitiva la culpa de ello sino la forma limitada como la teoría histórica del Derecho pone la cuestión, que impide darse clara cuenta acerca del punto de mira que puede afirmarse *a priori*, del criterio objetivo que todos tienen en realidad y de que de hecho se sirven todos? El circunscribir el problema á la investigación empírica de los Derechos históricos, es lo que procura á la cuestión del Derecho natural, que nunca ha sido suprimi-

da, su influencia en regiones donde propiamente no tiene derecho á intervenir, pero de las cuales tampoco puede arrojársela sin inconsecuencia, ya que, de hecho, lo único que se hace es desviarse de ella, y en vez de fijar con precisión los límites de la esfera de su legítima acción, se le niega simplemente todo derecho á existir.

Por último, las sentencias de los Tribunales nos enseñan también hasta qué punto este modo de proceder de la Escuela histórica contra el Derecho natural, constituía una tentativa de muerte con medios absolutamente inadecuados. Con las sentencias publicadas en la mano, no es difícil demostrar cómo la *naturaleza de la cosa* y otras consideraciones de la misma clase juegan también un papel fuera de la exposición de la doctrina. Y esto se comprende perfectamente. El juez se siente solicitado muy fácilmente por el deseo, no sólo de probar según los principios de su conocimiento la justicia de su decisión con arreglo al Derecho positivo, sino también de dejar entrever, cuando no de dar expresamente, una justificación de ese Derecho. De cuál sea la expresión más precisa que esto puede encontrar ocasionalmente en un sentido hostil á la concepción puramente histórica, nos dará una idea un ejemplo de nuestros días: nos referimos á la sentencia del Tribunal Imperial (Reichsgericht), declarando que el autor tiene un *derecho natural* al valor y resultados del carácter individual

del trabajo de su espíritu, tanto en cuanto al todo como en cuanto á los detalles (1).

La cuestión del Derecho natural no puede proscribirse; la duda de si el Derecho existente es conforme á la razón, no puede echarse á un lado sin más ni más. Es ella, precisamente, la que emplaza y juzga á los que fundamentan y exponen el Derecho devenido históricamente. Pero á la Escuela puramente histórica del Derecho, al declarar que no quería ocuparse de esa duda, que nada tenía que ver con ella, que desde su punto de vista no existía tal cuestión, le pasó como á aquel hombre que recibió admirado la condena en rebeldía porque «él no quería tener un pleito.»

Y hasta tal punto es esto así, que querría evitar el auto de ejecución; pero hay que dar el pago debido á la exigencia de un conocimiento de valor universal y necesario para el Derecho que descanse sobre principios *a priori*. En un doble sentido—dice el escritor (2) que, entre los pertenecientes á la dirección histórica, ha escrito últimamente sobre el combate entre las Escuelas de Derecho filosófica é histórica,—debe admitirse sin discusión la legitimidad científica del Derecho natural. Pero no dice en qué sentido deba esta-

(1) *Decisiones del* REICHSGERICHT *en materia civil* (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*), tomo XVIII, 1887, Nr. 4 (Sent. de 10 de Julio de 1886), pág. 18.

(2) Bekker, loc. cit. (v. nota 10 del cap. IV), páginas 21 N. 53.

blecerse, qué significación haya de tener, qué lugar deba ocupar en la ciencia. Y lo que es peor, no se ha dado cuenta de que de este modo formula fundamentalmente el problema, tal y como se concibió en el comienzo de la nueva era del Derecho natural. La Escuela histórica del Derecho durante un cierto tiempo ha rechazado como ilegítima en sí misma, dejándola á un lado, la cuestión del Derecho natural; y ahora, cuando empieza otra vez á acordarse de ella, comienza involuntariamente, allí donde quedara el problema hace más de doscientos cincuenta años. El tiempo de su imperio, tan incomparablemente rico y fructífero para la jurisprudencia técnica en sus dos respectos sistemático é histórico, significa para la segunda parte de nuestra ciencia, para la teoría del Derecho—para la investigación de lo que pueda reconocerse de universal y necesario en el orden jurídico, y, sobre todo, para la de un punto de mira y un criterio fijos, para todo Derecho, que hayan de determinarse partiendo de principios racionales,—un retroceso científico.

He aquí cómo se expresa el jurista histórico mencionado; y en prueba de lo dicho por nosotros, ponemos inmediatamente al lado la concepción del problema de aquella otra antigua autoridad aludida también (1):

(1) Bekker, loc. cit. (v. la nota anterior).—Grotius,

«Dos conceptos, que pueden designarse igualmente con el nombre de *Derecho natural*, deben sin discusión ocupar su puesto en la ciencia.

A.—Lo común á todos los Derechos peculiares de los distintos tiempos y pueblos. Esto, como es natural, sólo podrá determinarse cuando sean conocidos todos esos Derechos particulares, de lo cual parece que estamos todavía bastante lejos. Así, pues, reemplazarlo momentáneamente con lo común á los Derechos que ya conocemos, dependiente, por tanto, de los límites contingentes de nuestro conocimiento...

B.—Lo que por necesidad ha de derivarse de la naturaleza universal humana...»

«Esse autem aliquid iuris naturalis protasi solet tam ab eo quod prius est, tum ab eo quod posterius, quarum probandi rationum illa subtilior est, hæc popularior.

A priori, si ostendatur rei alicujus convenientia aut disconvenientia necessaria cum natura rationali ac sociali:

A posteriori vero, si non certissima fide, certe probabiliter admodum iuris naturalis colligitur id, quod apud omnes gentes, aut moratiores omnes tale esse creditur. Nam universalis effectus universalem requirit causam; talis autem existimationis causa vix ulla videtur esse posse præter sensum ipsum, communis qui dicitur.»

loc. cit. (núm. 24), I, 1 c., XII, 1. (Sólo que la demostración *a posteriori* de Grocio es más exacta y está mejor concebida que la proposición formulada por Bekker, de una prueba empírica del Derecho natural.)

La llamada Escuela histórica del Derecho fué fundada, como puede leerse en cualquier compendio, por Gustavo Hugo (cuyo *Tratado de Derecho natural*, editado por cuarta vez en 1819, fué compuesto, al decir de su autor, bajo la impresión de la teoría del Derecho de Kant y de Fichte), y ha venido á parar en la posición del problema de Hugo Grocio.

V

«Es, pues, indispensable, ante todo, que el historiador de un proceso evolutivo posea y manifieste la inteligencia más exacta y más clara de la situación cuya evolución persigue. *La historia de la evolución es siempre y únicamente un problema analítico.* La cándida busca de las piezas de unión y el feliz ensayo de su encaje, forman, á lo que parece, un empeño completamente vano.»

(Cohen, *Teoría kantiana de la experiencia (Kants Theorie der Erfahrung)*, 2.ª edición, pág. 7.)

Mencionábamos más arriba un segundo problema que ofrece fácilmente al jurista la ocasión para elevarse sobre el simple conocimiento del Derecho histórico, á saber: el nacimiento del Derecho mediante la infracción jurídica.

Si lo dicho hasta ahora concierne á la materia del Derecho, y toca la consideración de cómo el Derecho existente pudiera justificarse en su contenido, esta se-

gunda cuestión se refiere sólo á la forma del Derecho y se ocupa de la dificultad de cómo puede ocurrir el nacimiento del Derecho prescindiendo en absoluto del contenido del mismo. Por eso el examen de este punto es independiente del de aquél, y común á ambos, en igual medida, el de cómo podríamos representarnos con unidad, y siendo siempre el mismo el punto de mira que en lo relativo al contenido tienen siempre ante la vista, en su variar incesante, los diversos sistemas jurídicos.

Cuando en otra ocasión formulamos por primera vez el problema mencionado, nos limitábamos á preguntar: ¿cómo la fuerza material y la violencia podrían ser causa del Derecho? Pero ahora debemos añadir que aquel problema no ha de entenderse tomando la expresión al pie de la letra, pues no comprende sólo el nacimiento del Derecho contra el sistema jurídico existente, sino también el que pueda ocurrir sin tener para nada en cuenta ese sistema. Sin embargo, en ambos casos la cuestión es absolutamente la misma; de suerte que una expresión que dé á entender más bien la primera de las dos posibilidades, puede emplearse sin escrúpulo ninguno para representar la totalidad de ambas.

«El Derecho—dice Brinz (1)—contiene, ante todo,

(1) Brinz, *Tratado de Pandectas* (*Lehrbuch der Pandekten*), tomo I, 2.ª edición (1873), § 17, pág. 87.

disposiciones con respecto á sí mismo.» Determina cómo, por qué factores y de qué manera debe originarse el nuevo Derecho. Es una de las características de los estados de cultura el que la nueva creación del Derecho tenga lugar en la mayar conformidad posible con el sistema jurídico existente y con arreglo á sus disposiciones; de suerte que el cambio mismo de las reglas de Derecho que regulan este punto, está previsto á su vez por una proposición jurídica de carácter más general, y sólo en conformidad con ella puede llevarse á cabo una reforma, todo lo cual se prueba del modo más sencillo con el ejemplo de nuestras constituciones políticas. Pero el andar de la historia no se ajusta siempre á esa pauta, y es muy difícil que llegue ésta alguna vez á regir sin excepción: el que sigue paso á paso la suerte de los Estados, puede informarnos muy bien de cómo en muchas ocasiones el Derecho se ha formado sin consideración y aun en oposición al sistema jurídico existente.

Comprendemos aquí todo ataque que infiera violencia á una regla y no se funde en el Derecho existente, toda fuerza material dirigida á ese objeto: la rebelión y la conquista, el golpe de Estado y la revolución, con todo lo que en cada caso tiene analogía con estos conceptos. Pero pertenecen también á este orden los pactos primarios que no estén amparados por la organización jurídica vigente hasta entonces, como, por ejemplo, los que fundaron en su forma actual nuestro

imperio y dieron vida sobre los existentes á los nuevos poderes jurídicos, y, ante todo, los contratos internacionales (cuando no se limitan á interpretar varias leyes de diversos Estados que concuerdan en cuanto á su contenido), por lo menos aquéllos que se celebraron en los comienzos de la nueva era del Derecho de gentes. Y también aquí, como último ejemplo por ahora, puede indicarse la posibilidad de una creación de reglas jurídicas que tenga lugar dentro del cuadro de un sistema jurídico especial; pero sobre la base de un hecho ó no reconocido ó prohibido, ó limitado como fuente del Derecho por el Derecho existente, y, sobre todo, el nacimiento del Derecho consuetudinario, cuya formación prohibe el sistema jurídico, pero que, sin embargo, ha exteriorizado su acción en muchas ocasiones.

Tomemos ahora los hechos de que son ejemplo los referidos, y preguntemos: ¿cómo han de explicarse? Si todo nacimiento del Derecho se produce, ó en conformidad con las disposiciones que en previsión de ese hecho contiene el sistema jurídico vigente, ó sin consideración á ellas y hasta en oposición al Derecho, debería darse una nota común á todas las formaciones posibles del Derecho, en virtud de la cual todas se explicaran.

Comenzaré con la prueba de que la Escuela histórica del Derecho no ha investigado ese término común sino en ensayos insuficientes, de que ella—si atende-

mos á la realidad histórico-literaria—no ha explicado la posibilidad del nacimiento del Derecho por la infracción jurídica; y en segundo lugar, demostraré que tampoco hubiera podido conseguirlo con el método que le es peculiar, puesto que ella, con arreglo al procedimiento característico suyo, buscaba y debía buscar la nota común en los factores que actúan de hecho y no en las condiciones del conocimiento del Derecho, que es lo único que puede llevarnos al fin propuesto.

Sin duda alguna que los afanes de la Escuela histórica, por la unidad del punto de vista para toda creación del Derecho, no han quedado sin efecto: son éstas las aspiraciones á las cuales debemos la aparición del espíritu popular. Ellas le conjuraron, y la criatura mágica descubrió, por arte de encantamiento, tesoros tan deslumbradores á las miradas del que lo evocara, que éste creyó en seguida que con ellos no sólo podría adquirir toda la legislación del Estado, sino que estaría también en condiciones de satisfacer algunas exigencias de sus acreedores extranjeros. Sólo una parte ciertamente; el resto, entre tanto, podría esperar.

La última fuente del Derecho debe ser, por tanto, el llamado *espíritu popular;* pero éste podría ciertamente tener excepciones. «El acaso y la voluntad arbitraria, pueden seguramente ejercer gran influencia en la formación de los Estados, y sus fronteras, sobre

todo, se han determinado muchas veces por la conquista y la desmembración, desviándose mucho de los límites naturales señalados por la unidad nacional... Pero estos acontecimientos, por más frecuentes que sean en la historia, son anomalías únicamente... Si en medio de este proceso natural de formación interviene un elemento histórico extraño, puede llegar á dominarse y ser apropiado en virtud de la fuerza moral y la robustez del pueblo; pero si no se logra esta apropiación, se produce un estado morboso (1).»

Pero no tratamos ahora de si un estado de Derecho es ó no digno de aprobación; ó sea, de si lo que se da como Derecho también debiera ser Derecho. Por el contrario, ahora nos ocupamos únicamente de cómo el nuevo nacimiento del Derecho, formalmente considerado, sea posible en cualquier forma. Aun cuando la concepción que forma su base pudiera justificarse, la exposición de Savigny no resolvería nuestro problema actual; no por ella resulta más explicable la razón de la posibilidad de que una violencia, en vez de seguir siendo fuerza material, devenga Derecho, si bien tal vez Derecho *morboso*. Y puesto que se concede como cosa que se da positivamente que muchas veces la fuerza y la violencia han producido el Derecho con independencia de la llamada *convicción popular*, de-

(1) Savigny, loc. cit, (v. nota 3.ª del cap. IV), páginas 31 y sigs.

bería explicarse claramente este hecho: el designarlo únicamente como *anómalo*, es precisamente lo contrario de la solución de nuestro problema.

En realidad, se limita demasiado la cuestión cuando Savigny habla únicamente de la fundación y las fronteras de los Estados. Se trata de algo que toca á todo nacimiento del Derecho que no tenga lugar en conformidad con el sistema jurídico existente. Hasta qué punto un nacimiento semejante concuerda con el fantasma de la Escuela histórica del Derecho, no puede decirlo quien no sea de los videntes del espíritu popular; nosotros aquí podríamos apoyarnos únicamente en la manifestación de los que pertenecen á ese último grupo, de que dicha concordancia no se ha dado seguramente en muchos casos.

Pero esto es infausto para aquéllos. La Escuela histórica del Derecho pretende estar fundada sobre una teoría, sobre una doctrina necesaria y de valor universal; reglas de generalidad, meramente comparativa, no pueden servirle de fundamento. Cuando Puchta dice que con el pueblo se da también necesariamente el Derecho consuetudinario; cuando se afirma que el llamado *espíritu popular* ó la llamada *convicción popular* constituye la fuente última de todo Derecho, esto significa más bien como la afirmación de una cierta normalidad que tiene excepciones más ó menos importantes. Si esto fuera lo último, ya no habría necesidad de examinar aquella opinión, pues

entonces ya no se tendría ante la vista una *teoría histórica del Derecho:* ésta habría abdicado su dignidad.

Con ello, sin embargo, no se conseguiría de ningún modo dejar á un lado la exigencia de condiciones constantes, á las cuales debe estar sometido todo Derecho. Porque si éstas no pudieran establececerse de una manera necesaria y universal, el Derecho no sería más que un concepto convencional de una determinada forma de la fuerza. Y entonces no podría reconocerse su posibilidad en todo caso. Una vez que los caracteres del Derecho descansaran solamente sobre coyunturas arbitrarias que fueron completamente accidentales, sin poderse probar como necesarios, ya no estarían en condiciones de darnos un punto de apoyo seguro, y no tendríamos, por tanto, un concepto del Derecho objetivamente legítimo.

Así, pues, ó se dan las condiciones universales de todo Derecho, ó no hay Derecho. Los jefes de la antigua Escuela histórica, según sus propias manifestaciones, no han resuelto este problema, pues admiten excepciones á su regla. Los juristas históricos posteriores han tratado de prevenir esto, y son muchos y conocidos los ensayos que se han hecho para determinar de una manera universal los caracteres del Derecho. Pero mientras que esos ensayos se reduzcan á la mera descripción del Derecho existente, no podrán darnos por sí solos aquello que se trata de obtener, porque la ex-

periencia enseña únicamente que tal cosa ha sido ó no ha sido de este modo ó del otro; pero no demuestra que por necesidad haya de haber ocurrido así y no en otra forma. Si, pues, las condiciones bajo las cuales se da el Derecho han de mostrarse como necesariamente existentes, es preciso que nos elevemos sobre la enumeración de los caracteres exteriores de los varios sistemas jurídicos que ofrece la historia.

Después de lo dicho, sólo cabe ya preguntar si la información de la dirección historicista más antigua no podría rectificarse, y si no se encontraría tal vez una determinación más acertada de aquel factor á que puede reconocerse una participación positiva siempre y donde quiera tenga lugar el nacimiento del Derecho; y á este fin se dirigen múltiples ensayos que hemos recordado en el primer parágrafo de este trabajo. Pero tampoco por aquí podemos esperar el éxito. Y en verdad, no tanto por razón de las dificultades de hecho que ofrecería el número excesivamente grande y la naturaleza heterogénea de las distintas causas que ejercen positivamente su acción, cuanto por la consideración fundamental de que el método y la tendencia de la posición del problema en dichos ensayos imposibilita ya la consecución del objeto propuesto.

Recordemos en qué consistía el problema. Observamos, como hechos históricos, formas extraordinariamente numerosas del nacimiento del Derecho; y se trata de comprenderlas y se trabaja por hallar el

principio para las mismas, por concebirlas, como fenómenos parciales que son, en una unidad. Y aquí, en este trabajo, comienza la teoría histórica del Derecho, pues ella trataba precisamente de concebir los varios factores que actúan positivamente en una última *fuerza originaria*, de referirlos en definitiva á una última causa eficiente del nacimiento del Derecho. Pero es éste un camino invertido.

Y éste es el lugar oportuno para que pongamos en claro una oposición metódica fundamental que se da por nuestra parte con respecto á la ciencia del Derecho desde el punto de vista del historicismo, una distinción de principios á que he tratado de dar una expresión sumaria con las palabras de un meritísimo intérprete de Kant, citadas al principio de este parágrafo, á saber: que toda historia de un proceso evolutivo es analítica, explicando lo devenido en lo relativo á su formación, y supone, por necesidad, la norma de un juicio fundado sistemáticamente. No se procede de la consideración histórica á lo devenido, sino precisamente al contrario: se trata, partiendo de lo último, de ensanchar retrospectivamente su experiencia en el tiempo. Cierto que, como en todo análisis, el conocimiento de lo que se estudia en un momento dado, podría favorecerse y aquilatarse con el examen del proceso de su evolución en sus fases más diversas; pero no es esto lo que se discute, sino que se trata propiamente de la declaración de la misión his-

tórica como tal y de su aplicación metódica. Resulta, pues, de aquélla, que, conseguido esto último, podrá obtener una ampliación de nuestro conocimiento en dirección hacia atrás; pero nunca podrá darnos una reproducción del mismo viniendo de atrás hacia nosotros. La tentativa de crear con la historia combinando elementos, ó constituye un fracaso, ó una pura ilusión: sólo se da historia de algo. Cuando el llamado método genético pretende que las funciones completas se engendran en las incompletas, no debería nunca perder de vista que al mostrar el germen se tiene ya la idea de aquello para lo cual ha de desarrollarse, de aquello de que ha de ser germen: sólo del producto desarrollado inquirimos los comienzos embrionarios.

No puedo ciertamente afirmar que los escritores de la Escuela histórica del Derecho hayan enunciado con claridad esa oposición metódica y vindicado expresamente un carácter sintético para la historia evolutiva. Pero en muchas de las manifestaciones de los escritos de los juristas históricos, encontramos fácilmente indicios bastantes para creer que más ó menos involuntariamente esa era, y sigue siendo, la opinión latente en el fondo. También lo indica el pensamiento capital de nuestro pésimo método de enseñanza, según el cual ha de empezarse con los comienzos de la historia del Derecho, y, en cambio, al final es cuando ha de adquirirse el conocimiento del Derecho existente. Y es eso, además, lo que ha determinado la forma y

manera de la investigación en nuestro problema, pues aquella dirección no sólo retrocedía con preferencia en el estudio del Derecho á los tiempos más antiguos y aun á los primitivos, sino que trataba de llevar y circunscribir toda la cuestión á una fundamentación de valor universal de la evolución y el perfeccionamiento *positivos* del Derecho.

En vez de esto—aplicando ahora al caso propuesto las consideraciones que preceden,—debería buscarse la nota común que ha de presidir á toda formación del Derecho en la idea misma del Derecho y no en los factores que actúan real y positivamente en dicha formación. Puesto que el Derecho puede originarse del mismo modo en conformidad ó sin consideración al sistema jurídico existente, debería por necesidad existir un criterio de valor universal común á todos y cualesquiera de los Derechos nacidos; y esto supuesto, la investigación debería dirigirse á la siguiente pregunta:

¿En qué se conoce en general si algo es Derecho?

¿No se dan, por ventura, ciertas condiciones constantes bajo las cuales únicamente es posible en cual quier caso la idea *Derecho?*

He aquí la cuestión que habría que investigar y cuya solución debiera intentarse: deberían ponerse de manifiesto las condiciones de conocimiento que constituyen siempre y donde quiera el concepto *Derecho;* y acaso, por ejemplo, fuera de tomar en consideración el concepto (formal) de la organización

heteronómica existente. Una vez logrado aquel objeto, tendríamos resueltas todas las cuestiones generales de la teoría de las fuentes del Derecho. Y el que, por ejemplo, la fuerza material pudiera producir el Derecho, sería explicable, porque determinados preceptos de la fuerza llenaban las condiciones á las cuales está sometido en general el concepto *Derecho;* y por otra parte, al exponer y demostrar las condiciones de conocimiento sin las cuales no tendríamos el concepto del Derecho, habríamos encontrado límites fijos, de valor universal, dentro de los cuales es posible, únicamente, la creación del Derecho (1).

Es, por el contrario, completamente imposible salir adelante por el camino que ha tomado la teoría histórica del Derecho. Aun en el supuesto de que le fuera

(1) Sólo esta posición de la cuestión, que pertenece á la crítica del conocimiento, es la fundamentalmente necesaria para el problema indicado más arriba; la consideración psicológica aparece en segunda línea. Por eso, lo que aquí consideramos no se toca inmediatamente con aquello que Zittelmann, loc. cit. (nota 3.ª del cap. I), especialmente págs. 446 y sigs., ha intentado poner en claro. Dicho escritor trata de demostrar que la representación de que una regla es Derecho, se desenvuelve en un proceso psicológico; pretende examinar en su pormenor de qué manera «la representación del imperio positivo de una proposición de Derecho se convierte en la de su legitimidad jurídica;» de qué forma poco á poco se produce en un observador que reflexiona sensatamente el conocimiento de una organiza-

mejor que hasta ahora con la generalización de los hechos empíricos, ó sean, propiamente, los factores positivos que efectúan el Derecho, y que pudiera encontrar una fuente única positiva y tal que no haya tenido contradicción en la experiencia realizada hasta el presente, ¿con qué derecho podría elevar esta inducción por generalización al rango de una ley inviolable con carácter de necesidad y universalidad?

Esta pregunta da al traste con la fundamentación de la teoría de las fuentes del Derecho intentada con el método de la Escuela histórica. Se establece una ley universal, inmutable, de la formación del Derecho, sin poder mostrar su legitimidad, sin poder probar la posibilidad de dicha ley. Y queda siempre en pie la dificultad de si acaso con el tiempo un hecho distinto, que no provenga de aquella supuesta fuente necesaria

ción jurídicamente legítima. Pero esta cuestión psicológica no es ni la única ni la última que cabe proponer en este caso. Porque una cosa es esta cuestión acerca del proceso subjetivo de formación de un conocimiento, y otra distinta la investigación crítica objetiva de lo que ese conocimiento sea y signifique y de qué valor tenga; á qué leyes, á qué condiciones necesarias y constantes esté sometido. Esta investigación de las condiciones de conocimiento del Derecho—no con arreglo á lo que el tiempo ofrezca, sino según los principios—no se encuentra en el autor citado. Por lo demás, no nos corresponde examinar ahora en sus particulares la relación entre la crítica del conocimiento y la psicología.

y única, no podrá producir un nacimiento del Derecho; y subsiste siempre intacta la duda de si aquella doctrina tendrá realmente un valor absoluto. Y esta duda es la que yo recojo en este trabajo.

Yo combato que la forma de la producción del Derecho que se determine según el método de la teoría histórica, sea necesaria y tenga un valor universal. Se afirmaba así y debía afirmarse; como que de otro modo no tendríamos una base fija para el Derecho y la ciencia del Derecho, y no valdría ciertamente la pena el seguir indicando como fundamento defectuoso una doctrina tal, de valor puramente relativo. Por eso la afirmación alcanzó á las propiedades de la doctrina; pero éstas no han sido demostradas. Bien que esto no es posible tampoco mientras para ello nos limitemos á la investigación histórica.

Toda tentativa para remover la dificultad antes mencionada, ha de referirse con entera espontaneidad á nuestra pregunta: ¿en qué se reconoce en general el Derecho? El método de la teoría histórica del Derecho no puede dar por sí mismo una contestación á ese punto. Sin una justificación crítica, la determinación de una ley evolutiva para el Derecho, con valor absoluto, no pasa de ser una construcción dogmática sin fundamento alguno cierto ni defensa posible frente al escepticismo.

¿O se quiere acaso que busquemos en la ciencia matemática la justificación de aquel procedimiento?

VI

«Nuestra época es la época de la crítica á que todo debe someterse. La Religión por su santidad, y la Legislación por su majestad, pretenden de consuno sustraerse á ella. Pero con esto despiertan en contra suya justas sospechas, y no pueden reclamar aquel sincero respeto que la razón concede solamente á lo que ha sabido resistir su libre y público examen.»

(Kant, *Crítica de la razón pura*, 1.ª edición, p. V.)

Es de esperar que, después de lo dicho, se convenga en que el método de la teoría histórica del Derecho no puede dar solución á los dos problemas tantas veces mencionados. ¿Pero es realmente necesario el hacerlo?

En realidad, un historicista ha concedido que la Escuela histórica no ha intentado «resolver las cuestiones últimas de la filosofía del Derecho (1).» Pero

(1) Gierke, loc. cit. (v. la nota 2.ª del cap. II), pág. 7.

entonces—debe objetársele—no puede tener tampoco la pretensión de haber suministrado un fundamento de valor universal, fijo é inconcuso, para la ciencia del Derecho; y cuando el escritor citado afirma esto precisamente, y dice más adelante, en este sentido, que dicha Escuela «ha aportado el terreno firme que ninguna filosofía del Derecho futura podrá abandonar impunemente,» incurre en una contradicción con respecto á su concesión anterior, y afirma algo que resulta insostenible recordando las manifestaciones que dejamos hechas. Aquí no queda otro recurso que, ó aceptar del todo la cosa, ó no aceptarla de ningún modo: un procedimiento de una consideración filosófico-jurídica hasta la mitad del camino, no puede servir para nada.

¿Acaso, pues, están conformes con que los juristas renuncien por completo á reflexiones de la naturaleza de las que quedan hechas en el presente trabajo? ¿Y está de acuerdo con esto el que nuestras cuestiones, que con tanta facilidad se presentan en el estudio del Derecho positivo realizado experimentalmente, sean rechazadas por los juristas y remitidas al *filósofo*? A tenor de una opinión reciente (1), tales cuestiones, que se elevan sobre la consideración de las funciones positivas, quedan tan lejos de la ciencia del Derecho «como

(1) Merkel, loc. cit. (v. la nota 8.ª del cap. III), *Cuadernos filosóficos mensuales*, pág. 82.

de la Geografía la cuestión de si tiene un sentido racional el que esté en los Alpes el nacimiento del Rhin.» No hemos de notar aquí una vez más cómo se barajan y confunden con demasiada sencillez en esas palabras la consideración de los fenómenos físico-naturales existentes y la de la voluntad humana; pero sí habremos de preguntar si debiera aconsejarse una declaración tal de incompetencia con respecto al jurista.

Pudiera parecer fácilmente que todo se reduce á una cuestión de necesidad espiritual. Al que labra su campo —dirían aquéllos— y lo atiende vigilante, puede tenerle por completo sin cuidado que la tierra gire alrededor del sol y cuál sea el curso de las estrellas, con tal que la lluvia y la luz solar y la estación propicia hagan madurar sus siembras; al jurista puramente histórico puede serle á su vez indiferente de todo punto el investigar si en el cambio de los fenómenos se dan ó no un punto de mira fijo y un criterio seguro para todo Derecho, si existe una ley del nacimiento del Derecho que pueda abarcar y explicar todas sus nuevas creaciones, con tal que el fenómeno particular de que se trate se muestre sin dificultad á su conocimiento. Si ésta fuera realmente la opinión, habríamos llegado á una aplicación algo especial de las palabras de Aristóteles: πάντα δὲ τὰ τοιαῦτα τὴν μὲν θεωρίαν ἐλεύθερον ἔχει, τὴν δ' ἐμπειρίαν ἀναγκαίαν (1). Sin

(1) Aristóteles, *Politic.*, I, 4 n. 1 (ed. Stahr, 1839).

embargo, nos resistimos á creer que aquello pueda corresponder en realidad á la concepción de hombres tan eminentes.

Pero en el supuesto de que alguien tomase en serio un consejo que conduce en la ciencia del Derecho á cultivar exclusivamente el campo de los Derechos históricos y á mantenerse lejos de la filosofía, de la que decía el mismo Puchta que era «la primera de todas las ciencias,» habría que preguntar si una modestia tal podría erigirse en máxima sin daño de la materia cultivada, y deberíamos establecer en contra dos clases de objeciones, de naturaleza científica las unas y prácticas las otras. Con respecto á las de la última clase, cabe formular aquí algunas conclusiones.

Porque de aquello primero queda hecha ya mención, de pasada, en algunos lugares de este trabajo: así, por ejemplo, al mostrar en la doctrina de los juristas y en las sentencias de los Tribunales un cierto orden de consideraciones en el sentido del Derecho natural, ilegítimas muchas veces, pero que se justifican por el abandono real y la falta de ilustración en que se deja lo esencial, legítimo, de esa posición del problema; y así también al hacer ver que por limitarse á la ciencia del Derecho desde el punto de vista del historicismo, el jurista ha dejado de ejercer un influjo importante sobre la teoría y la práctica de la vida política y sobre la filosofía del Derecho en general, á mi entender en perjuicio de esas esferas.

Ahora bien: tanto cuanto después de esto nos ocupáramos de las objeciones de la primera de las clases indicadas, tanto más especial y completamente nos alejaríamos de la teoría histórica del Derecho, y llegaríamos en seguida, nada menos, que á la consideración del fin y la misión de las ciencias del Derecho y del Estado; lo que nos obligaría á examinar cómo habría de emprenderse en tales ciencias—con sujeción á las cuestiones dilucidadas más arriba—la separación entre la teoría y la técnica, y lo que con toda seguridad hubiera de asignarse á cada una de ellas. Por el contrario, la objeción práctica, antes aludida, nos mantiene inmediatamente unidos al examen de la teoría histórica del Derecho, y pertenece, por tanto, con toda propiedad, á este lugar.

La ciencia del Derecho, desde el punto de vista de la Escuela histórica, domina, como hemos visto, desde hace muchos decenios en los círculos de nuestros juristas científicos. Y después de tan largo espacio de tiempo, puede preguntarse: ¿qué es lo que ha hecho de la entidad á ella sometida? ¿Cómo se encuentra la misma bajo su gobierno?

No es difícil obtener la contestación: nos la dan con rara unanimidad. Cuando con este objeto dirigimos la mirada á nuestro alrededor y nos fijamos en los varios estados de opinión relativos á la situación actual, una es la característica que se nos ofrece en dichos estados. ¡Quejas, nada más que quejas! Senti-

miento por la contienda y desavenencia que reinan dentro de las varias clases profesionales jurídicas, entre la doctrina y la práctica, entre los defensores de las diversas tendencias científicas; lamentaciones sobre el estado de la enseñanza y el estudio del Derecho; quejas, en fin, de que nosotros, los juristas, nos quedemos atrás en la estimación de las grandes entidades, no seamos populares entre las masas, no gocemos de completo crédito ante los cultos.

No puedo estimar totalmente desprovistas de fundamento estas quejas patrocinadas últimamente por Bekker; y creo también que esos inconvenientes se hacen sentir más pesadamente, porque con el incomparable florecimiento de la vida pública y política, de las relaciones privadas y del comercio, la llamada opinión pública hubiera podido esperar otra cosa muy distinta de los representantes de la ciencia del Derecho y del Estado. Pero es de temer que Bekker se equivoca cuando cree que esto proviene de que todavía no se ha roto bastante con el Derecho natural, cuando espera una mejoría de que nos ciñamos cada vez más al pensamiento capital de la Escuela histórica.

Se ha decidido, injustamente, que los legos en materias de Derecho tomarían con aversión las consideraciones en el sentido del Derecho natural, y que al reflexionar sobre cuestiones jurídicas piden únicamente Derecho histórico: cualquiera discusión de las que ordinariamente se sostienen sobre materias de

Derecho con un hombre culto, no profesional, puede convencernos de lo contrario. Se observará siempre en estos casos que un hombre de las condiciones expresadas, muestra muy poca propensión á fundarse en el Derecho que existe positivamente, y, en cambio, aun sin quererlo, habla de lo que debería ser; y no queda satisfecho con que se le demuestre que una decisión está en consonancia con el sistema jurídico actual, sino que tiene el deseo de que aparezca también ante su vista como razonable aquello que se señala como existente. Poco aficionado, por lo común, á esperar la explicación de los preceptos especiales de nuestro sistema de Derecho, obtiene de ordinario sus conclusiones con una deducción general de conceptos que reputa firmes su entendimiento; y, por el contrario, cuando se le habla del Derecho *positivo,* empiezan sus movimientos de desaprobación y hasta encuentra un predicado correspondiente á ellos para aplicarlo á la proposición jurídica de que trata. Las consideraciones del lego sobre el Derecho y el Estado tienen, pues, generalmente, por su esencia, el carácter de las del Derecho natural.

Y entonces tropiezan sus reparos con las réplicas de aquel otro que, con arreglo al principio de la ciencia del Derecho, desde el punto de vista del historicismo, le ofrece exclusivamente el Derecho que se da en la historia y que ha de examinarse de un modo empírico, y se desvía expresa ó tácitamente del curso de

su pensamiento. Mas para el lego no resulta tan inconcebible el que en la explicación del jurista histórico floten acaso sobre los varios Derechos particulares existentes, puntos de vista generales, cuanto, por el contrario, difícil de entender el que sus propias consideraciones en ese sentido no obtengan según su clase, sea una conformidad ó una rectificación ó una refutación, sino que simplemente se aparten á un lado con la mera referencia al Derecho histórico positivo y se declare que no existen para el jurista. Así es como puede ocurrir que se forme la falsa creencia—¡y quién no la habrá experimentado ya, sobre todo de parte de representantes de la ciencia física!—de que el jurista corre afanoso tras de las leyes, digno de compasión porque le falta siempre el terreno firme, y sólo en parte descansado cuando un Derecho haya devenido históricamente de tal modo, que, sustraído á un cambio ulterior, ofrezca al mismo tiempo la pequeña ventaja de que sólo podría acreditarse con una cierta erudición.

¿Cómo quiere salirse al encuentro de estas representaciones engañosas retrocediendo de un modo cada vez más exclusivo al Derecho histórico? No cabe duda que hace falta distinguir de un modo decisivo: ante todo, debe distinguirse la cuestión del Derecho natural de aquella otra en la cual tiene su propio oficio la ciencia del Derecho como técnica de la vida social, y nunca podremos ir bastante lejos en la división de

ambas partes, y nunca seremos demasiado cuidadosos en prevenir una confusión de esos dos problemas. La mera separación de la cuestión del Derecho natural no es bastante: es preciso dar una respuesta positiva.

El que ha elegido como profesión la ciencia del Derecho y del Estado, ¡cómo osará reclamar aquella estimación tan preeminente á que hemos aludido antes, mientras no pueda asentar con firmeza frente á la duda la materia que cultiva con su estudio, mientras carezca de medios para probar hasta la evidencia el Derecho de su Derecho, no ya formalmente, sino en cuanto á su contenido! ¡Ni cómo, tampoco, si en unos tiempos en que se hacen tan duros reparos á la organización jurídica existente, en días de tan extraordinaria enemiga contra el Derecho que nos rige, aquéllos que le encomendaran el cuidado de la ¡ciencia del Derecho y del Estado, observan que en lugar del punto de apoyo seguro de una consideración racional, que es lo que le pedían, sólo está en condiciones de ofrecerles el material endurecido de la historia!

Y lo mismo cabe decir, claro está, en lo relativo á la discusión de los proyectos de las nuevas leyes. De buen grado intervendrían é influirían en la crítica de los mismos, y demostrarían con argumentos convincentes la bondad ó inadmisibilidad de una proposición; y por eso se ha buscado una norma y un patrón para el juicio de lo propuesto. ¡Qué es lo que no habrán empleado como criterio! *¡Justicia y equidad* (prefe-

rentemente *compensadora, interna* y *natural); conformidad con el fin é idea del bien;* con más *idea del Derecho* y *sentimiento, conciencia* y *pensamiento jurídicos; interés de la comunidad* y *fin del Estado, concepción cristiana* y *satisfacción de los más;* y sobre todo esto, un número extraordinario de combinaciones y cruzamientos de la misma naturaleza! (1). ¡Cómo creen poder dominar con estas legiones indisciplinadas (y cuántos reclutas de Falstaff no habrá entre ellas) á unos enemigos nada despreciables en verdad, y cómo se imaginarán obtener en una revista tal de sus tropas el aplauso de los circunstantes!

Por eso, volviendo ahora á ocuparnos de las quejas antes indicadas, no es posible ya que éstas se rechacen al modo como sucedió á Critón con sus reparos; puesto que no se trataría de remitirse al juicio de la multitud, sino al de los peritos en Derecho. Debe concederse abiertamente que hoy en día, cuando un lego en Derecho, que sea al mismo tiempo un hombre inteligente, nota al momento que el jurista, en la mayoría de las ocasiones, no está muy seguro en cuanto á la cuestión de la medida fundamental y la piedra de toque del Derecho existente y planeado, no le falta de

(1) He aquí una bella frase (en la discusión sobre el derecho de bienes matrimoniales de nuestro proyecto): al espíritu nacional debe ofrecerse «algo que corresponda á la justicia interna.» *Revista Nacional* (*National-Zeitung*), 30 Septiembre 1888.

ordinario razón para ello. Y llamábamos á ésta una objeción de naturaleza práctica en el sentido únicamente de que es imposible que la estimación, tan deplorada, que se deriva de aquella impresión, sea favorable á los esfuerzos y trabajos de los juristas que deben estar en tan íntimo contacto con la vida social.

En vista de todo esto, nada será tan conveniente como que se abandone la creencia de que con el método de la teoría histórica del Derecho podría obtenerse una base filosófica suficiente para la ciencia del Derecho. Después habrá de intentarse una resolución mejor y más satisfactoria de los problemas que aquí hemos considerado, tomando por modelos la posición de la cuestión y el método de la filosofía crítica, y examinando inmediatamente antes que ninguna otra cosa en qué consista el conocimiento necesario y universal en materia de Derecho.

No es ciertamente mi opinión que «adelantaríamos mucho si volviéramos á dividirnos en dos grandes grupos (escuelas) (1);» yo no desearía de ningún modo una oposición tal y una división semi-hostil, según la cual habríamos de aparecer separados en dos sectas, combatiéndonos mutuamente con papeles asignados de antemano, como en el juego infantil de *justicias y*

(1) Bekker, loc. cit. (v. la nota 10 del cap. IV), página 22, núm. 54, con referencia á su contraposición de la *Teoría del Derecho absoluto* y la *Oposición á ella*.

ladrones. No es en oposición y lucha como nosotros, los juristas, debemos gobernar el examen y la consideración teorética y empírica, y no para injuriar al consejo de guerra deberíamos abrir estudiosamente una brecha en nuestro frente de batalla; por el contrario, deben alentarnos el deseo y la esperanza de que podamos estrechar sólidamente nuestras filas y combatir con perfecto acuerdo en una acción común, aunque defendiendo cada uno su propio puesto y llenando su misión peculiar.

El día de hoy debe excitar el deseo de completar en esa forma nuestro esfuerzo científico. Festejamos á un antiguo maestro de la ciencia de las Pandectas, que, reconocido como tal, sin envidia, en todos los países, no necesita de nuestra alabanza y cuyo mérito no nos estaría bien examinar; pero respecto del cual podemos recordar el hecho perdurable de que ha ejecutado y acabado de tal modo una obra tan sobresaliente en su género, que difícilmente podría nadie presentarse y decirnos de qué modo la misión en ella emprendida hubiera podido llenarse mejor, ó que allí quedaba todavía mucho por hacer. Y frente á esto, tenemos el estado de aquellas investigaciones sobre el Derecho de que aquí hemos hablado; de aquellas cuestiones á las cuales, en interés de la obra por él escogida y tan vigorosamente ejecutada, no podía nuestro festejado consagrar sus fuerzas. El éxito en la parte á que alcanza el trabajo de Windscheid, ofrece un rudo con-

traste con el escaso avance en los problemas que aquí hemos contemplado y á los cuales rehusara aquél su actividad.

Tenemos, pues, un ejemplo que puede muy bien despertar la emulación de los que se preocupan de los problemas que acabamos de mencionar en beneficio de estos mismos problemas, para que, al cimentar más sólidamente nuestra ciencia, aparezcan también más firmes y evidentes la dignidad y el valor de aquello por lo cual trabajamos. Ha de ser éste un trabajo serio y no pequeño, un trabajo conscio de su finalidad. En este sentido estoy completamente de acuerdo con el hombre cuya fiesta académica celebramos, con el que fué y es mi maestro.

ÍNDICE

BIBLIOTECA DE DERECHO Y DE CIENCIAS SOCIALES

En esta **BIBLIOTECA** aparecerán sucesivamente obras de distinguidos escritores nacionales y extranjeros, editadas con esmero en tomos en 8.º mayor. A cada una de aquéllas se le fijará el precio que su extensión exija, facilitándose á la vez la adquisición aislada de los volúmenes que la formen.

VOLÚMENES PUBLICADOS

I y II.—**López Moreno** (S.)—Teoría fundamental del procedimiento civil y criminal, con numerosas notas y citas de los Códigos de procedimiento de Alemania, Francia, Austria, Italia, Bélgica, Suiza y otros: 16 ptas.

III.—**Fernández Prida** (Joaquín), Catedrático de Historia del Derecho internacional en la Universidad Central.—Estudios del Derecho internacional público y privado: 3 ptas.

IV.—**Legouvé** (E.)—El arte de la lectura. Traducción de la cuadragesimaséptima edición francesa, por Manuel Sales y Ferré: 3 ptas.

Este libro fué recomendado por el Ministro de Instrucción pública de Francia para la lectura en alta voz en aquellos liceos y colegios.

V y VI.—**Salillas.**—La teoría básica (bio-sociología): 16 ptas.

VII.—**Lombroso** (C.)—El delito, sus causas y remedios. Traducción de C. Bernaldo de Quirós. Ilustrado con láminas y grabados intercalados en el texto: 10 ptas.

VIII.—**Nicéforo** (Alfredo), Profesor de la Universidad de Lausana.—La transformación del delito en la sociedad moderna (estudio inédito). Traducción de C. Bernaldo de Quirós: 2,50 ptas.

IX.—**Engel** (E.)—Psicología de la Literatura francesa. Traducción del alemán por Vicente Ardila Sande: 3 ptas.

X.—**Barriobero y Armas** (J.), Oficial del Consejo de Estado.—La nobleza española. Su estado legal: 3 ptas.

XI.—**Schloss.**—Sistema de remuneración industrial. Vertido al castellano por Siro García del Mazo: 6 ptas.

XII.—**Guichot y Sierra** (A.)—Ciencia de la Mitología, con prólogo de Manuel Sales y Ferré. Con grabados: 6 ptas.

XIII.—**Ossip Lourié.**—La filosofía de Tolstoï. Traducción de Urbano González Serrano: 2,50 ptas.

XIV.—**Spencer** (H.)—Hechos y explicaciones. Vertido al castellano de la última edición por Siro García del Mazo: 4 ptas.

XV.—**Altamira** (R.), Catedrático de la Universidad de Oviedo.—Historia del Derecho español. Cuestiones preliminares: 3 ptas.

XVI.—**Hume.**—Españoles é ingleses en el siglo XVI. Estudios históricos por Martín Hume, Correspondiente de las Reales Academias Española y de la Historia: 4 ptas.

XVII.—**Kidd.**—La civilización occidental, por Benjamín Kidd, autor de la *Evolución social*. Vertida al castellano por Siro García del Mazo: 7 ptas.

XVIII.—**Costa** (Joaquín).—El juicio pericial (de peritos prácticos, liquidadores, partidores, terceros, etc.) y su procedimiento: 3 ptas.

XIX y XX.—**Wilson.**—El Estado. Elementos de política histórica y práctica, por Woodrow Wilson, Profesor de Jurisprudencia y de Política en la Universidad de Princeton, con una introducción de Oscar Brownin, del Colegio del Rey en Cambridge. Traducción española, con un estudio preliminar de Adolfo Posada, Profesor en la Universidad de Oviedo. Dos tomos, 12 ptas.

XXI.—**Gascón Marín** (José), Catedrático de Derecho administrativo en la Universidad de Sevilla.—Municipalización de servicios públicos: 3,50 ptas.

Esta interesante obra desenvuelve materia tan digna de estudio como es la relativa á la nueva fase que ofrece la Administración municipal, con el ejercicio directo de servicios públicos y la ampliación de éstos á cargo de los Municipios. Completa la obra un *Apéndice* con datos de algunos Municipios españoles.

XXII.—**Demolins.**—En qué consiste la superioridad de los anglo-sajones. Versión española, prólogo y notas de Santiago Alba: 5 ptas.

XXIII.—**Walls y Merino.**—La extradición y el procedimiento judicial internacional en España, por Walls y Merino, segundo Secretario de la Legación de España en Washington, precedido de una «Monografía de la extradición,» por D. Antonio Castro y Casaleiz, Ministro que ha sido de S. M. en Venezuela y Egipto, Académico correspondiente, etc., etc.: 7 ptas.

XXIV.—**Girón y Arcas.**—La situación jurídica de la Iglesia católica en los diversos Estados de Europa y de América. Notas para su estudio, por el Dr. D. Joaquín Girón y Arcas, Catedrático, por oposición, de la Universidad de Santiago: 5 ptas.

XXV.—**Béchaux.**—Las escuelas económicas en el siglo xx. La escuela francesa, por A. Béchaux, Profesor de Economía política en la Facultad libre de Derecho de Lilla. Traducido por Rafael Marín y Lázaro, Doctor en Derecho, con un prólogo del Excmo. Sr. D. Eduardo Sanz y Escartín: 2,50 ptas.

XXVI.—**Demolins.**—¿Nos interesa conquistar el poder? Versión española, prólogo y notas de Santiago Alba. Este libro, considerado por su autor como «el complemento» del ya famoso «En qué consiste la superioridad de los anglo-sajones,» ha obtenido en el extranjero, y obtendrá seguramente en España, el mismo ruidoso éxito de aquél.

XXVII.—**Exner.**—De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual, por el Dr. Adolfo Exner, Profesor en la Universidad de Viena. Traducción directa del alemán por el Dr. Emilio Miñana y Villagrasa, Abogado del Ilustre Colegio de Valencia. Seguido de Apéndices, conteniendo el primero el texto, con su traducción al frente, de los Códigos y leyes referentes á la materia en Austria, Alemania, Rusia, Inglaterra, Rumanía, Italia, Suiza, Portugal, Francia, Congo, Japón, Suecia, Holanda, Estados Unidos de América del Norte, varios Estados, Egipto, Méjico, República Argentina y Chile. Apéndice segundo: Legislación española: 5 ptas.

XXVIII.—**Costa** (Joaquín).—Fideicomisos y albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código civil español: 4 ptas.

XXIX.—**Hinojosa** (Eduardo de).—El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media, con notas y documentos: 7 ptas.

XXX.—**Castro y Valero.**—Tratado de Derecho veterinario, por el Catedrático de Agricultura, Zootecnia, Derecho veterinario y Policía sanitaria en la Escuela de Veterinaria de Madrid, D. Juan de Castro y Valero: 5 ptas.

XXXI.—**Ugarte** (Javier).—Reformas en la Administración de Justicia. Apuntes para su estudio, por Javier Ugarte, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid, ex-Ministro de Gracia y Justicia: 3 ptas.

XXXII y XXXIII.—**Montesquieu.**—El espíritu de las leyes. Vertido al castellano, con notas y observaciones, por Siro García del Mazo: 16 ptas.

XXXIV.—**R. Falckenberg.**—La Filosofía alemana desde Kant. Traducción de Francisco Giner, Profesor en la Universidad de Madrid y en la Institución Libre de Enseñanza, etc.: 3 ptas.

XXXV y XXXVI.—**Flora.**—Ciencia de la Hacienda, por Federico Flora, Profesor de la Real Universidad de Catania. Versión española autorizada sobre la segunda edición italiana, corregida y aumentada por el autor, con prólogo y notas de Vicente Gay, Catedrático de Economía política y Hacienda pública en la Universidad de Valladolid: 12 ptas.

XXXVII.—**Letelier.**—Ensayo de Onomatología, ó estudio de los nombres propios y hereditarios, por Valentín Letelier, Profesor de Derecho administrativo en la Universidad nacional de Chile. Prólogo de Adolfo Posada: 3 pesetas.

XXXVIII.—**Posada.**—Derecho político comparado. Capítulos de introducción, por Adolfo Posada, Profesor en la Universidad de Oviedo, del Instituto de Reformas Sociales. Un tomo, 4 ptas.

XXXIX.—**Andrade.**—La Moral universal. Contiene: Necesidad de la religión.—Principio y fundamento de la moral.—Las religiones falsas de la antigüedad.—Moral de las principales religiones.—Moral excelente de la legislación mosáica.—Moral divina de Jesús.—La moral en la sociología: Darwin, Spencer. Un tomo, 3,50 ptas.

XL.—**Bernaldo de Quirós.**—La picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios. Con nueve reproducciones de antiguos rollos jurisdiccionales: 2,50 ptas.

XLI.—**Gómez Izquierdo.**—Nuevas direcciones de la lógica, por el Catedrático de Lógica en la Universidad de Granada, Alberto Gómez Izquierdo: 3,50 ptas.

XLII.—**Bonilla y San Martín** (A.)—Historia de la filosofía española (desde los tiempos primitivos hasta el siglo XII): 7,50 ptas.

XLIII.—**Jellinek** (J.)—La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna. Traducción de la segunda edición alemana, con un estudio preliminar por Adolfo Posada: 3 pesetas.

XLIV y XLV.—**Bustamante y Sirvén** (A. S. de).—La Segunda Conferencia de la Paz reunida en El Haya en 1907, por Antonio S. de Bustamante y Sirvén, Miembro del Tribunal permanente de Arbitraje, Delegado plenipotenciario de Cuba en dicha Conferencia, Profesor de Derecho internacional en la Habana, Asociado del Instituto de Derecho internacional: 14 ptas.

XLVI.—**Savigny, Eichorn, Gierke y Stammler.**—La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio. Traducción del alemán por R. Atard, Doctor en Derecho y Auxiliar de la Dirección general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado: 4 ptas.

XLVII.—**Muirhead, M. A.** (J. H.)—Los elementos de la Etica. Traducción del inglés por Julián Besteiro, Catedrático del Instituto de Toledo: 4,50 ptas.

OTRAS PUBLICACIONES

COLECCIÓN DE LIBROS Y DOCUMENTOS

REFERENTES Á LA HISTORIA DE AMÉRICA

Esta Colección, formada por obras inéditas ó impresas de gran rareza, se publica por tomos elegantemente impresos, y se venden á 7 ptas. cada uno para los suscriptores y á 10 pesetas sueltos.

I.—**Figueroa** (P. Francisco).—Relación de las Misiones de la Compañía de Jesús en el país de los Maynas (inédita).

II, III y IV.—**Gutiérrez de Santa Clara** (Pedro).—Historia de las guerras civiles del Perú y de otros sucesos de las Indias (inédita).

V y VI.—**Alvar Núñez Cabeza de Vaca.**—Relación de los Naufragios y Comentarios. (Aumentada con documentos inéditos.)

VII.—**Hernández** (P. Pablo).—El extrañamiento de los Jesuitas del Río de la Plata y de las Misiones del Paraguay, por decreto de Carlos III.

VIII.—**Relaciones** históricas y geográficas de la América Central.

EN PRENSA Y EN PREPARACIÓN

Corita (Alonso de).—Relación de las cosas notables de la Nueva España (inédita).

Lozano (P. Pedro).—Descripción corográfica del Gran Chaco.

Obando (Fr. Reginaldo).—Historia del Perú, Tucumán, Río de la Plata y Chile (inédita).

Alburquerque y Coello (Duarte).—Memorias diarias de la guerra del Brasil, por discursos de nueve años, empezando desde el MDCXXX.

Charlevoix (P. Pedro Francisco Javier).—Historia del Paraguay, con las anotaciones y correcciones latinas del P. Muriel.

COLECCIÓN DE LIBROS RAROS Ó CURIOSOS

QUE TRATAN DE AMÉRICA

TOMOS PUBLICADOS

I.—**Xerez.**—Verdadera relación de la conquista del Perú, por Francisco de Xerez, uno de los primeros conquistadores: Madrid, 1891. Un tomo en 8.º, 2 ptas.

II.—**Acuña** (P. Cristóbal).—Nuevo descubrimiento del gran río de las Amazonas: Madrid, 1891. Un tomo en 8.º, 4 ptas.

III y IV.—**Rocha.**—Tratado único y singular del origen de los indios del Perú, Méjico, Santa Fe y Chile. Reimpreso en Madrid en 1891. Dos tomos en 8.º, 6 ptas.

V y VI.—**Colón.**—Historia del Almirante D. Cristobal Colón, en la cual se da particular y verdadera relación de su vida y de sus hechos, y del descubrimiento de las Indias Occidentales, llamadas Nuevo Mundo, escrita por D. Fernando Colón, su hijo: Madrid, 1892. Dos tomos en 8.º, 6 ptas.

VII.—**Ruiz Blanco.**—Conversión en Piritú (Colombia) de indios Cumanagotos y Palenques, con la práctica que se observa en la enseñanza de los naturales en lengua cumanagota: Madrid, 1892. Un tomo en 8.º, 3 ptas.

VIII y IX.—**Vargas Machuca.**—Milicia y descripción de las Indias, escrita por el Capitán D. Bernardo de Vargas Machuca, natural de la villa de Simancas. Reimpresa fielmente según la primera edición hecha en Madrid én 1599. Dos tomos en 8.º, 6 ptas.

X.—**Palafox y Mendoza,** Obispo de la Puebla de los Angeles.—Virtudes del indio. Reimpreso en Madrid en 1893. Un tomo en 8.º, 3 ptas.

XI.—**Tres tratados de América** (siglo XVIII): Madrid, 1894. Un tomo en 8.º, 3 ptas.

Contiene: Primer tratado. Relación histórica, política y moral de la ciudad de Cuenca y su provincia.

Segundo tratado. Razón sobre el estado y gobernación política y militar de la jurisdicción de Quito en 1754.

Tercer tratado. Diario de todo lo ocurrido en la expugnación de Bocachica y sitio de Cartagena de Indias en 1741.

XII y XIII.—**Fernández** (P. Juan Patricio), de la Compañía de Jesús.—Relación-historia de las Misiones de los indios que llaman chiquitos del Paraguay. Dos tomos en 8.°, 6 ptas.

XIV y XV.—**Román y Zamora.**—Repúblicas de Indias, idolatrías y gobierno en México y Perú antes de la Conquista. Ordenada por Fr. J. Román y Zamora, cronista de la Orden de San Agustín. Fielmente reimpresa según la edición de 1575: Madrid, 1897. Dos tomos en 8.°, 6 ptas.

XVI, XVII, XVIII y XIX.—**Jarque.**—Ruiz de Montoya en Indias (1608-1652), por el Dr. D. Francisco Jarque, Deán de Albarracín, cura y Rector que fué en el Perú de la imperial villa del Potosí: Madrid, 1900. 12 ptas.

XX.—**Sigüenza y Góngora.**—Infortunios de Alfonso Ramírez Hernnepin. Relación de la América Septentrional: Madrid, 1902. 3 ptas.

Los tomos XII y XIII no se venden sueltos.

LIBROS QUE TRATAN DE FILIPINAS

Montero y Vidal (J.)—Novelas cortas, monografías, artículos literarios, poesías (costumbres filipinas), con un prólogo de B. de Melgar: Madrid, 1889. En 8.°, 4 ptas.

Paterno (P. A.)—Los Itas, con cuadro paleográfico de las islas Filipinas y otro del estado actual de escritura filipina en sus antiguos caracteres. Mangyanes de Mindoro: Madrid, 1890. En 8.°, 5 ptas.

— Ninay (costumbres filipinas): Madrid, 1885. Un tomo en 8.°, 3 ptas.

Sanciaco y Goson (G.)—El progreso de Filipinas. Estudios económicos, administrativos y políticos (parte económica): Madrid, 1881. Un tomo en 4.°, 4 ptas.

Vila (F.)—Escenas filipinas. Narraciones originales de costumbres de dichas islas, con prólogo de R. Ginard de la Rosa: Madrid, 1882. En 8.°, 2 ptas.

Retana (W. E.)—Archivo del bibliófilo filipino. Recopilación de documentos históricos, científicos, literarios y políticos, y estudios bibliográficos: Madrid, 1895-1905. Cinco tomos en 8.°, 50 ptas.

Retana (W. E.)—Bibliografía de Mindanao (epítome): Madrid, 1894. En 8.º, 2 ptas.

— Catálogo abreviado de la Biblioteca filipina: Madrid, 1908. 30 ptas.

— El periodismo filipino. Noticias para su historia (1811-1894). Apuntes bibliográficos, indicaciones bibliográficas, notas críticas, semblanzas, anécdotas: Madrid, 1895. En 8.º, 6 ptas.

— Estadismo de las islas filipinas ó mis viajes por este país, por el P. Fr. J. Martínez de Zúñiga. Publica esta obra por primera vez W. E. Retana: Madrid, 1893. Dos tomos en 8.º mayor, 25 ptas.

— Fiestas de toros en Filipinas (artículo): Madrid, 1896. Un folleto en 8.º, 1 pta.

— Historia de Mindanao y Joló, por el P. F. Combés. Ahora nuevamente impresa: Madrid, 1897. En folio, 30 ptas.

— La imprenta en Filipinas (1593-1810). Con una demostración gráfica de la originalidad de la primitiva. Adiciones y observaciones á *La imprenta en Manila,* de J. T. Medina: Madrid, 1899. En folio, 10 ptas.

— Los antiguos alfabetos filipinos: Madrid, 1895. Un opúsculo en folio, 2 ptas.

— Aparato bibliográfico de la Historia general de Filipinas: Madrid, 1906. Tres tomos en folio, 150 ptas.

— Vida y escritos del Dr. José Rizal. Edición ilustrada con fotograbados. Prólogo y epílogo de J. Gómez de la Serna y M. de Unamuno: Madrid, 1907. En 4.º, con 16 fotograbados, 12 ptas.

— Tablas cronológica y alfabética de imprentas ó impresores de Filipinas (1593-1898): Madrid, 1908. En 8.º, 5 ptas.

— La censura de imprenta en Filipinas: Madrid, 1908. En 4.º, 3 ptas.

— Sucesos de las islas Filipinas, por el Dr. Antonio de Morga. Nueva edición, enriquecida con algunos escritos inéditos del mismo autor é ilustrada y prolongada. Formará un tomo en 4.º de unas 600 páginas. En prensa.

Casares Gil.—Técnica física de los aparatos de aplicación en los trabajos químicos, por D. José Casares Gil, Catedrático en la Universidad de Madrid: 1908. Un tomo en 4.º, con 314 figuras intercaladas en el texto, 15 ptas.

Galván y Candela (J. M.)—Frescos de Goya en la iglesia de San Antonio de la Florida, grabados al agua fuerte por D. J. M. Galván y Candela, grabador del Depósito

Hidrográfico. Obra premiada con medalla de segunda clase en la Exposición Nacional de Bellas Artes de 1878. Texto por D. Juan de Dios de la Rada y Delgado, precedido del informe dado acerca de esta obra por la Real Academia de San Fernando, escrito por el Excelentísimo Sr. D. Pedro de Madrazo, Director de la misma. Segunda edición: Madrid, 1897. Un tomo en folio marquilla, encartonado, 25 ptas.

Gredilla y Gauna (A. F.)—Tratado de Citología vegetal ó Morfología y Fisiología celulares, por el Dr. D. A. Federico Gredilla y Gauna, Catedrático por oposición de la Facultad de Ciencias de la Universidad Central y Director del Jardín Botánico de Madrid: Madrid. 1907. Un tomo en 4.°, de 600 páginas y 368 grabados intercalados en el texto, 15 ptas.

Lanchetas.—Gramática de la Lengua castellana (curso elemental completo), por D. Rufino Lanchetas, Doctor graduado de Filosofía y Letras, Catedrático de Latín y Castellano y Auxiliar por oposición en el Instituto del Cardenal Cisneros: 1908. Un tomo en 8.°, 3,50 ptas.

Mora y Garzón (J. de).—Servicio de Estado Mayor, por el Coamndante del Cuerpo D. Juan de Mora y Garzón, Profesor que ha sido de dicha clase y de Arte militar en la Escuela Superior de Guerra: Madrid, 1907. Un tomo en 4.°, ilustrado con figuras intercaladas en el texto y dos planos, 13 ptas.

Reparaz (G. de).—Política de España en Africa: Barcelona, 1907. Un tomo en 8.° mayor, 5 ptas.

Sinués (M. del P.)—Amiga intima (La). Novela original. Nueva impresión. Un tomo en 8.°, 2 ptas.
— Misión de la mujer (La): 2 ptas.
— Primera falta (La): 2 ptas.
— Querer es poder: 2 ptas.
— Rosa y Flor de oro: 2 ptas.

Verdaguer (Mosén Jacinto).—Canigó. Leyenda pirenáica del tiempo de la Reconquista. Versión castellana, seguida de notas y un apéndice, por el Conde de Cedillo, Vizconde de Palazuelos; dibujos de los Sres. Santa María y López de Ayala; fototipias de Hauser y Menet; fotograbados de Laporta: Madrid, 1898. Un precioso volumen en 4.°, 12 ptas.

Los precios marcados son para Madrid y á la rústica.